POR

LA JVRISDICCION REAL,

EL DOCTOR D. MANVEL FELIX DE MOLA Y CORDOVA, FISCAL DE SV MAGESTAD,

PRETENDE

SE DECLARE, QVE EN CONOCER, Y PROCEDER, HAZE FVERZA EL IVEZ ECLESIASTICO.

HECHO.

EN el testamento, debaxo de cuya disposicion muriò Pedro Fernandez Hidalgo, dispuso de el Quinto a favor de Lorenço de Saavedra, Don Pedro, y Doña Petronila Fernandez Hidalgo sus hijos naturales; y en el remanente instituyò por su vnico, y vniversal heredero a Don Iuan Antonio Remirez de el Castillo, su nieto legitimo,

En siete de Março de este año, Lorenço de Saavedra por si, y en nombre de Don Pedro Fernandez Hidalgo su hermano (por quien prestò voz, y caucion) pareciò ante el Iuez Real, haziendo relacion de que los dos eran herederos en el Quinto, y pidiendo se les diesse possesion pro indiviso: *Assi lo mandó el Iuez, sin perjuyzio de tercero.*

Por vn otrosi, para la liquidacion de dicho Quinto, provocò a juyzio de particion: mandò tambien el Iuez *que se hiziesse, y que para ello las partes nombrassen Contadores.*

El proprio dia 7. Lorenço de Saavedra tomò possession en Sevilla, de diferentes pieças: de otras en Constãtina el dia 8. de otras en Caçalla de la Sierra el dia 9.

Pidiò amparo el dia 12. el Iuez *se le mandó despachar sin perjuizio de tercero*, y con efecto se empeçò a tomar dicho dia 12.

En 13. pareciò ante el Eclesiastico Don Iuan Remirez, y representò que era Clerigo, vnico heredero legitimo, y testamentario de Pedro Fernandez Hidalgo su abuelo, que como tal tenia el dominio de la herencia, y la possesion (es incierto) que el Seglar se la ocupava, y concluyò pidiendo inhibitoria; porque siendo tal Clerigo,

rigo, y heredero, devia ser convenido por deuda, o manda en su fuero. Para este efecto presentò traslado de la clausula de heredero, autorizado (a lo que parece) de Diego Ramon, Escrivano Publico de esta Ciudad (pero la Escritura de testamento no se otorgô ante èl, sino ante Iuã Rodriguez de Loaisa) y vn testimonio en q̃ dà fee, de que en tantos de dicho mes (el dia està enmendado, y borrado) avia aceptado la herencia con beneficio de inventario. En virtud de esta alegacion, è instrumentos (de cuya inspeccion resulta afectacion manifiesta, *ne plus dicam*) despachò el Eclesiastico inhibitorias.

En 15. de dicho mes el defensor de la jurisdiccion Real saliô a esta causa, pidiendo los autos para alegar: dieronsele, y en 2. de Abril la parte de Lorenço de Saavedra por si, y en nombre de su hermano, y el defensor coadiuvando, alegaron declinatoria, por quanto estava ya intentado juyzio possessorio, y divisorio ante el Iuez Real, con cuya autoridad avia entrado en la possession *pro indiviso* Lorenço de Saavedra; y que assi era el Iuez Competente; no el Eclesiastico: *Mandò dar traslado.*

Y en este estado, por la jurisdiccion Real se trae esta causa ante V.S. por via de fuerza, que haze el Eclesiastico en conocer, y proceder.

ARGUMENTO, Y DIVISION DE ESTE Alegato.

POr parte de Don Iuan Remirez se intenta, fundar. Primero, que Pedro Fernandez Hidalgo, ni quiso, ni de hecho instituyò por herederos en el Quinto a sus hijos naturales. Segundo, que no pudo (y mas teniendo nieto legitimo) sino solo dexarlos manda, o legado. Tercero infiere de aqui, que no les compete remedio

posses-

sessorio; que la possessiõ que tomaron fue nula, y que como actores deven pedir su legado en el fuero de el heredero Clerigo.

1. *Art.* Conque es preciso, para dar satisfacion con claridad, dividir mi Informe en 5. Articulos. En el primero procurarè fundar, que Pedro Fernandez Hidalgo tuvo voluntad de instituir, y con efecto instituyò por herederos en el Quinto a sus hijos naturales: la forma serà proponer primero por su orden los fundamentos contrarios, y responder à cada vno, con tal disposicion, que las respuestas se conviertan en conjecturas, y presumpciones juridicas que manifiesten la institucion. De estas, algunas seràn, bien que transcendentales, genuinas, y adequadas; otras deducidas fielmente de las clausulas antecedentes, y subsequentes; y las mas, de las propias palabras de la Clausula del Quinto.

2. *Art.* Que (sin embargo de nombrar heredero vniversal) pudo dexarlos por herederos en el Quinto.

3. *Art.* Que como a tales (y aunque fueran legatarios) les compete remedio possessorio.

4. *Art.* Que por aver tomado possession *pro indiviso*, para contradezirla Don Iuan Remirez, ha de parecer ante el Iuez Seglar.

5. *Art.* Que tambien por aver provocado a particion, se ha de hazer ante el Iuez Seglar, y allì comparecer el Clerigo; *si sua putaverit interesse.*

ARTICVLO I.

QVE PEDRO FERNANDEZ HIDALGO quiso, é instituyó con efecto por herederos en el Quinto, a Lorenço de Saavedra, y Consortes, sus hijos naturales.

Num. 1. VOluntad, y potestad, son dos requisitos essenciales en todas las disposiciones. Iason *cons.* 140. *num.* 6. *lib.* 4. Ruin. *cons.* 163. *nu.* 21. *lib.* 3. Porc. Immol. *cons.* 92. *num.* 65. Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 198. *num.* 1. Alvarad. *de coniect. ment. defunct. lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 2. La voluntad (que de la potestad se forma el Articulo segundo) se manifiesta, y haze evidente por conjeturas. *l. licét Imperator.* 14. *ff. de legat.* 1. *l. cum proponebatur.* 64. *ff. de legat.* 2. Surd. *decis.* 7. *num.* 12. Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib.* 3. *tit.* 3. *num.* 12. cum alijs innumeris. Y a Lorenço de Saavedra, y Consortes les assisten las siguientes.

N. 2. *Conjetura. Ser ulo mas honorífico el de heredero, que el de legatario.*

Que el merecer de vn testador, o legado, o herencia es honor. *l. sed et si.* 3. §. *Hoc autem.* 2. *ff. de legat. præst. l. fideicommissa.* 11. §. *Plerumque.* 20. *ff. de legat.* 3. *l. Divus Claudius.* 15. *in princ. ff. ad l. Corn. de fals. l. amicissimos.* 36. *ff. de excusat. l. sed et si.* 52. §. *Sed et si.* 2. *ff. de iudic.* Cicer. *pro Cecinn.* ibi: *Vsumfructum omniū bonorum suorum Copponiæ legavit: magnus honor viri, iucundus mulieri fuisset, si diuturnum esse licuisset.* Quintil. *in declamat. Institutus primo loco heres, non facit istius honoris controversiam.* Valer. Maxim. *lib.* 7. *cap.* 7. *Consideremus testamenta, quæ honorem hereditatis transferunt.* Pero honor de mas quilates, mas lleno, mas vtil, la institucion de heredero, que el legado. *l. filium.* 5. §. *Sed et si.* 6. *ff. de legat. præst.* ibi: *Cúm hereditates*

ditates non modo honesto titulo, sed & pleniore honore tribuantur. Cicer. *pro Quinct.* ibi: *Heredem reliquit hunc Quinctium, vt ad quem summus mœror morte veniebat, ad eundem summus honor quoque perveniret.* Ita ex Tacito, Brissonio, Ręvardo, atque alijs observat Osual. ad Don. *lib.6.comm.cap.19.lit.A.* quibus addo Mercur. Merlin. *de legitim. lib.5.tit.2.q.1.num.9. & 10.* Michael Grass. *recept. sent.* §. *Testamentum, q.35.num.3.* His rationibus, se haze verosimil que Pedro Fernãdez Hidalgo tuvo voluntad (ley de las disposiciones, Novel.22.*cap.2.* ibi: *Disponat itaq; vnusquisq; super suis bonis, & sit lex eius voluntas*) de conceder el titulo honorifico supremo de herederos a sus hijos naturales, a quienes tambien las leyes constituyen por herederos de la Nobleza de sus padres; quod videtur probari *ex l.liberos.10.ff.de Senat.* & expressè habetur *in l.1.tit.11.p.7.* vbi Greg. Lop. *Gloss.4.in fin.* Morla *in empor. iur. tit. de contrah. empt. quæst. 12. num. 7.* Parlad. *in sesquicent. disser. quot. disser. 145.* §. *2. num. 7.* Covarrub. *in 4. de spons. 2. p. cap. 8.* §. *4. num. 8.* Otalor. *de nobilit. 2. p. 3. princip. cap. 3. num. 3.* Garc. *eod. tract. Gloss. 20. num. 36.* Tell. Fern. *in l. 11. Taur. num. 2.* Ant. Gom. *in l. 9. num. 54. vers. Notabiliter.* Molin. Theologus *de iustit. & iur. tract. 2. disp. 170.* Gutierr. *pract. lib. 4. cap. 23. num. 4.* Acceved. *in l. 10. tit. 8. lib. 5. Recop. n. 51 & cons. 24. num. 27.* & cum Zevall. & Sanch. Amay. *in l. exemplo. 36. num. 30. cap. de Decurion. lib. 10.*

N. 3.

2. Conjetura. Ser muestra de mayor afecto, institucion de herederó, que manda, o legado.

Y tambien que corren parejas los hijos naturales con los legitimos, principalmente en las cosas que son de derecho natural. *l. leg. Iulia. 44. ff. de rit. nupt. l. ex facto. 17.* §. *Si quis rogatus. 4. ff. ad S.C. Trebel. l. quique 4.* §. *Parentes. 3. & l. parentes. 6. ff. de inius. voc. iuncta. l. furiosa. 4. ff. de curat. furios. l. adoptivus. 14. vers. Vnde*

nec

nec vulgò ff. de rit. nupt. l. hos accusare. 12. §. Item nec lex. ff. de accusat. prosequuntur materiam, plurima exempla coacerbantes Ant. Gom. *in d. l. 9. Taur. á n. 52* & eruditissimus Dom. D. Ioan. de Solorç. *in suo aureo tract. de crim. parric. lib. 2. cap. 3.* Assi los padres, no solo los tienen igual cariño, y afecto. *l. fin. C. de confirm. tut. l. vlt. C. quand. mul. tut. offic. fung. pot. Novell. 89. cap. 14. l. cum pater. 77. §. Volo prædia. 13. ff. de legat. 2. l. heredibus. 77. §. 2 ff. ad S. C. Trebel.* sino aun mas crecido a los naturales. *l. generaliter. 6. §. Cum autem. C. de instit. & substit.* ibi: *Humanitatis intuitu hoc, & latius, & pinguius interpretandum esse credidimus, vt etsi quis naturales filios habeat.* Et Pelopę, & Hebij exemplis adductis ostendit Plutarch. in paralel. quæ citat, ac sectatur Dom. Solorç. *vbi nuper.* Pues si qualquier padre por voto natural anhela a adquirir para que hereden sus hijos. *l. nihil. interest 50. §. Sed nunquid. 2. ff. de bon. libert. l. nam etsi parentibus. 15. ff. de inoff. testam. l. cum ratio. 7. ff. de bon. damnat. l. Iulianus. 26. ff. si quis omiss. caus. testam. l. de emancipatis. 13. §. Cum enim. 2. C. de legit. hered.* Y les parece que exercen oficio dulce, y agradable quando en el testamento los escriven por herederos. *l. 1. C de his qui sibi adscr. in testam.* ibi: *Atque si sua manu pater tuus te heredem scripsisset, functus dulci officio*, ex Dom. Solorçan. Amay. *in l. vnic. C. pœn. fiscal. credit. præferr. lib. 10. num. 35.* Porq̃ no se ha de conjeturar que Pedro Fernandez Hidalgo quiso mostrar este afecto, instituyendo a sus hijos naturales por herederos, quando a favor de vn estraño es indice la institucion de summo cariño? *l. nemo. 58. §. 1. ff. de heredib. instit. l. si patronus. 4. in fin. ff. de confirm. tut.* ibi: *Et impuberem ita dilexit, vt eum heredem instituerit.* El señor Rey Don Alonso *in l. 1. tit. 3. p. 6.* ibi:

Porque

5

Porque dexa lo ſuyo a ome que quiere bien, é parteſe ſu anima de eſte mundo mas folgada por ende.

N.4. Pero aunque el I.C. Vlp. *in l. ex facto.* 35. §. *Rerum autem.* 3. *ff. de heredib. inſtit.* dixeſſe: *Et facit quidem totum voluntas defuncti*, ſe entiende, la voluntad manifeſtada con las vozes: porque inſtitucion de heredero es eſcrivirle, o nuncuparle. *l.* 1. *ff. de hered. inſtit.* nò el querer eſcrivirle. *l. quidam cum filium.* 46. *ff. eod.* Menoch. *de præſumpt. lib.* 1. *q.* 26. *num.* 5. Brun. à Sole *in loc. comm. verb. Propoſitum.* Surd. *conſ.* 321. *num.* 56. Alvarad. *de coniect. ment. defunct. cap.* 2. *num.* 67. & 8. las palabras ſon las que dàn ſeñas de la voluntad. *l. Labeo.* 1. §. *Tu verò ff. de ſuppellect. legat. cum vulg.* Y para diſcurrir por las palabras de el teſtador, veanſe las Clauſulas.

CLAVSVLA EN QVE DEXA EL Quinto.

ITem declaro, que tengo por mi hija natural a Doña Petronila Hidalgo, que ha eſtado, y eſtá en la adminiſtracion, y govierno de mi caſa, avida en muger donzella, con quien yo pude cantraer matrimonio legitimo, por ſer, como yo era ſoltero: y tambien tengo por mis hijos naturales a Don Lorenço de Saavedra Hidalgo, y a Don Pedro Hidalgo, Sargento mayor que fue en la Flota de Nueva-Eſpaña, que aora eſtá en la dicha Nueva-Eſpaña: los quales mis dos hijos naturales los huve en muger donzella, con quien tambien pude contraer matrimonio: a los quales dichos mis hijos naturales les dexo, y mando la quinta parte de todos mis bienes, y hazienda, deudas, derechos, y acciones, y otras coſas a mi pertenecientes, para que con ello ſe puedan ſuſtentar, y alimentar. El qual dicho Quinto lo ayan, y lle-

lleven los dichos mis hijos, y partan entre si igualmente por tercias partes, sin que el vno lleve mas que el otro: y y se lo mando en propriedad, y dominio, para que como bienes suyos proprios dispongan a su voluntad, porque assi es la mia.

CLAVSVLA DE HEREDERO EN EL remanente.

Y Pagado, y cumplido este mi testamento, y todo lo en él contenido, en el remante que quedare de todos mis bienes, y hazienda, deudas, derechos, y acciones, y otras cosas a mi pertenecientes, dexo, y nombro por mi vnico, y vniversal heredero en todos ellos a Don Iuan Remirez de el Castillo mi nieto, hijo legitimo de Don Iuan Remirez de los Reyes y Anaraz, y de Doña Ignacia de el Castillo su legitima muger, mi hija legitima, que ya es difunta; para que como tal mi vnico heredero los aya, y lleve para si con la bendicion de Dios, y la mia: y declaro no tengo otros hijos legitimos, ni herederos que me hereden.

CLAVSVLA DE LEGADO a Doña Petronila Hidalgo.

LOs quales dichos dos mil ducados siempre fue, y ha sido mi intencion dexarlos a la dicha Doña Petronila Hidalgo mi hija natural, para ayuda a tomar estado de casada, o religiosa: y assi yo pido, ruego, y encargo, por amor de Dios nuestro Señor, a mi heredero, tenga por bien que este tributo se le dé a la dicha Doña Petronila mi hija, pues cabe muy bien en la herencia, que por mi muerte le tocáre, y perteneciere: y assi lo pido, y ruego quan encarecidamente puedo: que de él le hago legado en forma.

CLAVSVLA DE LEGADO DE 11200. reales a Soror Isabel de Iesus.

LA dicha mi hija tenga accion, y derecho, y yo se la concedo para que los pueda cobrar de la pieza, o piezas que de mi quedaren, que mas bien ella quisiere elegir de todos mis bienes, y hazienda, que por mi muerte heredare mi heredero.

N. 5. Para ceñirme a terminos rigurosos de institucion de herederos, presupongo, que no solo se constituye por palabras expressas, sino que tambien se induce por conjeturas, y presumpciones. Bald. & Angel. *in l. in tẽpus. §. 1. ff. de heredib. instit.* Iason *in l. inter cætera, n. 6. ff. de liber. & posthum.* Menoch. *de præsumpt. præsump. 19. num. 7. & 8. & præsumpt. 26. num. 18. lib. 4.* Copiosissimus Castill. *lib. 4. contr. cap. 15. num. 36. & 64.* Mascard. *tom. 2. concl. 929. num. 6.* bien sean deducidas de las palabras, y clausulas antecedenres, y subsiguientes ex regula generali *l. quæsitum. §. Papinianus quoq; ff. de fund. instruct. l. si servus plurium. 5. §. fin. & l. qui filiabus, in princ. ff. de legat. 1. l. si fuerint. § fin. ff. de reb. dub. l. ille, aut ille. §. Cùm in verbis. ff. de legat. 3. l. fin. §. Cui dulcia. ff. de vin. tritic. & oleo legat.* & ex doctrina speciali in terminis tacitæ institutionis Aretin. *in l. Gallus, in princ. col. 3. ff. de liber. & posthum.* vbi Marc. Aquilin. *in §. Et quid si tantum. 1. p. num. 10* Bald. *in l. vlt. in princ. & num. 10. C. de hered. instit.* Roman. *in l. in testamento, num. 14. C. de testam. milit.* Zuchard. *in l. vlt. num. 194. C. de Edict. D. Adrian. toll.* Mascard. *d. concl. 929. num. 7.* Costa *in d. l. Gallus. §. Et quid si tantum, num. 21.* Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib. 4. tit. 1. num. 12.* Marta. *de success. legal. tom. 2. p. 4. q. 11. art. 1. num. 18.* Peralta *in rubr. ff. de hered. instit. à num.*

172.*cum seqq.* Alvarad. *de coniect. ment. defunct. lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 6. Thadæus Piso *lib.* 2. *var. resolut. cap.* 1. *num.* 5. Carpio *de execut. testam. lib.* 3. *cap.* 9. *num.* 7. & 8. Iul. Clar. §. *Testamentum, q.* 35. *num.* 2. Ioan. Decker *lib.* 1. *dissert.* 8. *num.* 4. Et est communis DD. iuxta Guillerm. Benedict. *in cap. Rainutius.* 2. *p. rubr. n.* 13. Bien de el comun vso de hablar de el testador. *l. cum alimenta, in princ.* vbi Bart. *ff. de aliment. & cibar. legat.* cum multis Cardin. Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib.* 3. *tit.* 9. *præsertim num.* 3. Alvarad. *de coniect. ment. defunct. lib.* 2. *cap.* 3. §. 3 *num.* 4. Et Barbos. *de claus. in princ. num.* 17. Y al arbitrio iudicum queda el estimar las conjeturas, considerando las circunstancias de las personas, de las causas, &c. vti ex Socin. Iun. docet Gut. *cons.* 18. *num.* 38.

N. 6. *Conjetura. De las clausulas de herederos, y legatarios.*

Pedro Fernandez Hidalgo, no ay duda que instituyô por herederos en el Quinto a sus hijos naturales, pues en la clausula de heredero vniversal dize: *En el remanente que quedâre de todos mis bienes, y hazienda, deudas, derechos, y acciones, y otras cosas a mi pertenecientes.* Y de las proprias vozes vsa quando dispone de el Quinto: *A los quales dichos mis tres hijos naturales les dexo, y mando la quinta parte de todos mis bienes, y hazienda, deudas, derechos, y acciones, y otras cosas a mi pertenecientes* No los dexa por legatarios; pues en la clausula de manda a Doña Petronila Hidalgo, dize: *Y assi yo pido, ruego, y encargo, por amor de Dios nuestro Señor, a mi heredero, tenga por bien que este tributo se la dè, &c.* Y en la de legado a Soror Isabel de Iesus, dize: *Y yo se los concedo para que los pueda cobrar de la pieza, o piezas, que de mi quedaren, que mas bien ella quisiere elegir de todos mis bienes, y hazienda, que por mi muerte heredare mi heredero:* Aqui menciona el here-

dero

dero a quien se ha de pedir: alli ruega al heredero, que ha de pagar; *princ. instit. de legat. ab herede præstanda:* mas quando dispone de el Quinto, ni menciona, ni ruega a otro heredero: de donde resulta *á contrario sensu*, que estos son legados, y aquellas instituciones; pulchrè Alvarad. *de coniect. ment. defunct. lib. 4. cap. 2. num. 43.*

I. FVNDAMENTO CONTRARIO.

QVe Pedro Fernandez Hidalgo dize en repetidas Clausulas, que no tiene mas que vn heredero, ibi: *Ruego, y encargo a mi heredero.* Et ibi: *Que por mi muerte heredare mi heredero.* Et ibi: *Dexo, y nombro por mi vnico, y vniversal heredero a D. Iuan Remirez del Castillo, mi nieto.*

RESPONDESE.

N. 7. *4. Conjetura. De la Clausula de vniversal heredero.*

PRimero, que no llama absolutamente a D. Iuan Remirez, *vnico, y vniversal heredero*, sino con la restriccion: *En el remanente. Et verba quantumcumq; generalia, restringuntur per verbum speciale adiuntũ*; vulgaris text. *in l. sed et si. 13. ff. pro socio.* Hieronym. Portol. *de consort. & fideicomm. legal cap. 6. num. 17.* Surd. *cons. 34. num. 39. & cons. 315. nu. 26.* Fuera de que prosigue esta Clausula el testador, y al pie concluye: *Y declaro no tengo otros hijos legitimos, ni herederos que me hereden*: dicciones que no apelan solamente sobre ella, pues para esso bastaria que dixesse: *Y declaro no tengo otro hijo legitimo*: de que es legitima consequencia: *ergò heres.* Paul. *ad Roman. cap. 8.* sino tambien sobre la de herederos en el Quinto: y por esso añadiò: *Ni herederos que me hereden*: clausula enim in fine posita refertur ad omnia præcedentia. *l. 1. C. de liber. prater.*

 l. talis

l.talis scriptura. §.*fin.ff.de leg.*1.*Cap.Secundò requiris,* *de appell.* & *cum* multis Gutier. *conf.* 12. *num.* 27. & *conf.*18.*num.* 54. Ioseph Ludovic. *decis. Perusin.*45. *num.*6.

N.8. *onjetura. De isma Clausu- de heredero versal.*

Segundo,que el testador puede instituir vno,o mas herederos, §.*Et vnum.*4. *instit. de heredib. instit. l.* 17. *tit.*3.*p.* 6. y tambien distribuir en partes la herencia. §.*Hereditas.*5.*inst.eod.l.*16.*d.tit.*3.*p.*6.Lo qual executô Pedro Fernandez Hidalgo,dexando la quinta parte a sus hijos naturales, y al nieto legitimo *El remanente que quedare,&c.*Palabras que parece denotan precisamente otra institucion antecedente; arg. text. *in l. cæterorum,*vbi Alciat.*ff.de verb.sign.l. quamquam.C. de testam.milit.l.is qui.* §. *Hoc interdictum*, ibi: *Reliquum opus.ff.quod vi,aut clam.l.si Stichum,*ibi: *Reliquam debetur.ff.de verb.oblig.l.Æmilius,* ibi: *Reliqui pratij partem,*& ibi:*Reliquum pratium. ff. de minor.* Tûm,porque aliàs fuera suficiente dezir: *Instituyo, o dexo por mi vnico,y vniversal heredero,* iuxta formulam.*l.namque.*14.§.*vlt.ff.ad S.C.Trebel.* ibi: *Vel vniversam rem meam.* Y finalmente, porque las palabras de las leyes, o de los testadores no se deven presumir inutiles, superfluas, sin oficio de obrar alguna cosa; argum.text.*in Cap.si Papa.*10.*de privileg.in* 6.*Cap. si Romanorum.*19.*dist.cum vulgar.*

II. FVNDAMENTO CONTRARIO.

QVe las palabras dexo,mando,de que vsô el testador,significan *á fortiori*, manda, o legado. Iustin.*in princ.* §.1. & §. *fin. inst. de singul. reb. per fideic.relict.* Vlpian.*in fragment.tit.*24.§. *sin autem singulæ res.l.*27.& 28.*tit.*9.*p.* 6.

RES-

RESPONDESE.

N.9. PRimero, que las palabras: *Dexo, mando*, que corresponden en latin *â relinquo, lego*, no significan *â fortiori* manda, o legado: porque *legandi verbum* tiene general, y latissima significacion, apta a comprehender institucion de heredero. *l. verbis legis*. 120. *ff. de verb. sig. l. 1. in princ. ff. ad l. Falcid.* y otra qualquier disposicion. *l. fideicommissum*. 85. *ff. de legat.* 3. *l. equis*. 39. *ff. de usur. l. uxorem*. 39. §. *Legaverat. ff. de leg.* 3. *l. filiũ*. §. *Si legata, iuxta l. 1. ff. de legat. præst.* plures apud Ant. Pichar. *in rubr. instit. de legat. num.* 5. & *in rubr. instit. de fideicomm. heredit. num.* 5. Don. *lib.* 8. *comm. cap.* 1. vbi Osual. *lit. D.* & apud Dom. D. Melch. de Valent. *illustr. iur. lib.* 3. *tract.* 3. *de legat. cap.* 1. *num.* 7.

N. 10. Segundo, porque si el derecho antiguo de los Romanos, requeria que la institucion de herederos se hiziesse por palabras solemnes, y directas. *Titius heres esto, vel Titium heredem esse iubeo.* Vlpian. *in fragmẽt. tit.* 21. *leg.* 1. §. *Qui neque*. 3. *ff. de hered. instit.* vel: *Hereditatis meæ dominus esto. l. his verbis*. 48. *ff. eod.* por lo qual las llamavan *imperativas*. Vlpian. *in fragm. tit.* 24 §. 1. *Civiles. l. verbis*. 7. *ff. de vulgar. & pupill. substit. legitimas. l. ult. C. de testam. tut. l. directas*. 14. *C. de testam. manum.* Cessò empero despues tan supersticiosa observancia, y qualesquier palabras que manifiesten la voluntad, empezaron a formar sin escrupulo institucion de herederos. *l. quoniam*. 15. *C. de testam.* verbis: *Nec enim interest si dicetur heredem facio, vel volo, vel mando, vel cupio, vel esto, vel erit, sed quibuslibet confecta sententijs, vel in quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modó per eam liquebit voluntatis intentio*: exornant Socin. Senior. *cons.* 33. *num.* 13.

vol.

*vol.*1.lato calamo Peralt.*in rubr. ff. de hered. instit. ex num.*153.Cardin. Mantic.*de coniect. vltim. volunt. lib.* 4.*tit.*3. *num.*1.Michael Grass.*decept. sent.* §. *Institutio. q.*14.*num.*1.Carranç.*de part. cap.*2.§.1.*illat.*13.*sect.* 4. *à num.*284.Carp.*de execut. testam. lib.* 3.*cap.*9. *nu.* 50.

N 11. Tercero, de ésta regla se ha originado, que asi las leyes, como los Authores ayan individuado diferentes formulas de institucion de herederos, por las palabras: *Mando, dexo, aya, quiero, &c. Titius hereditatis meæ dominus esto. l. his verbis.*48.*ff. de heredib. instit. Facio te dominum.* Bald.*cons.* 136. Hostiens. *in summ. tit. de testam. num.*18.*Constituo Titium legatarium in bonis meis,* cum Bald. & Iason. Mantic.*de coniect. vlt. volũt. d. lib.*4.*tit.*3.*num.*8.*Volo bona mea esse talis.* Alex. Raudens.*de analog. lib.*1.*cap.*18.*ex nu.* 44. *Bona mea relinquo. Gloss. & Bart. in d. l. his verbis.* 48.*ff. de hered. instit. l. namque.*14. §. *vlt. & l. cogi.* 16. *in princ. ff. ad S.C. Trebel.* Alvarad.*de coniect. ment. defunct. lib.*2.*cap.* 3. §.1.*num.*5.Cardinal. Tusch.*tom.* 1. *lit. B. concl.* 101. *num.*27.Cravet.*cons.*11.*num.*7.*Habeat bona mea.* Raphael Cuman. apud Mantic. *de coniect. d. lib.* 4. *tit.* 3. *n.* 28.*Lego omnia bona, lego hereditatem.* Vacon apud Vsuald.*lib.*6.*comm. Don. cap.*17.*lit. C.* vbi pro hac sententia citat Turamin. Vazquez, & Math. Gribal.

N. 12. Quarto, y para detestar qualquier escrupulo, sin mendigar forasteras authoridades, el señor Rey Don Alonso *in l.*6.*tit.*3.*p.*6.echô la llave, *his verbis*: *E sobre todo dezimos, que el establecimiento del heredero se puede aũ facer por otras palabras, asi como si dixesse aquel que lo facia: Fulano sea mio heredero, o quiero, o mando que lo sea. O si dixesse: Fulano sea señor de todas mis heredades, o aya todos mis bienes, o dexole todo lo que he, o otras palabras qualesquiera semejantes de estas, por-*

que

porque se pudiesse mostrar su voluntad en esta razon. Aqui se vê paladinamente, que *mando, dexo*, no significan legado à fortiori, como de contrario se intenta, *ex l.27.& 28.tit.9.p.6.*

N. 13. Quinto, pero si *adhuc* no se sossegare el animo con estas doctrinas acerca de la significacion de las vozes, vençase a que en duda se presume que el testador sintio de institucion vniversal. *d.l.cogi.* 16. *in fin. princ.ff. ad S.C.Trebel.* his verbis appositissimis: *In ambiguo tamen, magis de successione sensum dico.*

N. 14. *6.Conjetura. De las palabras del testador en la Clausula de el Quinto, que denotan vniversalidad.*

Sexto, porque dize el testador en la clausula de el Quinto: *A los quales dichos mis hijos naturales les dexo, y mando la quinta parte de todos mis bienes, y hazienda, deudas, derechos, y acciones, y otras cosas a mi pertenecientes*: palabras que denotan vniversalidad. *l.hereditatis.* 119. *l.bonorum.* 208. *ff.de verb.signif.* Y la voz *Dexo* aplicada a vniversalidad de bienes, o haziẽda, compone institucion de heredero. Gregor. Lopez *in l.6. tit.3.p.6.Gloss.9.* Michael Graff. *recept.sent.* §. *Institutio.q.14.num.5. & 6.* Valdes ad Suar. *in l.quoniam in prioribus, q.7.in declarat.l. Regn. num.2.* Menoch. *cons.344.num.15.& de præsumpt.præsumpt.141.n.14. lib.4.* Valasc. *consult.165.num.4.* Iul. Clar. §. *testamentum, q.38.num.10.* Tusch. *lit.D.concl.362.* Alvarad. *de coniect. ment. defunct. lib.2.cap.3.* §. *1. num. 5. & 6.* Spin. *in specul.testam.Gloss.17.princip.num.37. & 38.* Merlin. *de legitim. lib.5. tit.2. q.2. num.7.* Barbos. *de dict.vsufreq.verbo, Relinquo.346.& in tract. de claus. clausul.95.num.33.* bien asi como la palabra, *Mando.* Greg. Lop *in l,14. d.tit. 3.p.6.* verb. *Todos los bienes.* Guillerm. Benedict. *in Cap. Rainutius,* verb. *Reliquit, num.3. de testam.* Zevall. *comm.contr.comm.q.114.n.3.* Fussar. *de substit.tit.de compendiosa.q.247.* & cum Me-

ñoch. & Aceved. Barbos. *d. tract. de dict. vsufreq. dict. 189. num. 1.*

N. 15. Septimo, que si para exheredar a vn hijo, no es necessario expressar la palabra: *Exheredo*, pues basta dezir: *Ille filius meus alienus meæ substantiæ fiat. l si quis filium. 3. C. de liber. præterit.* que razon ay para que el padre (que puede) no se presuma, sospeche, o conjeture con probabilidad, que quiere instituir por herederos a sus hijos naturales por las palabras equivalentes: *Dexo, y mando la quinta parte de todos mis bienes, y hazienda, &c?* Assi parece que lo sintiò el testador, *& cum manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valet, vt melior sensu existat.*

N. 16. Octavo, porque aquel que testa, se presume quiere conformarse con las leyes. *l. conficiuntur. 8. ff. de iur. codicill.* cum vulgar. Lo qual observò Pedro Fernandez Hidalgo en la institucion de herederos en el Quinto, pues aun con las mismas palabras de que vsan las leyes (que le dân la facultad) midiò, y ajustô las de su disposicion: *Dexo, y mando* (dize) *la quinta parte de todos mis bienes, y hazienda, &c.* y las leyes por las mismas vozes explican su concepto: *dexar, mandar, l. 8. tit. 13. p. 6. l. 10. & 28.* Taur. *l. 8. tit. 8. lib. 5. Recop.*

...jetura. De ...alabras de ...usula de el ...to, cotejada ...s de las le-

III. FVNDAMENTO CONTRARIO.

QVe Pedro Fernandez Hidalgo solo dexò parte de bienes, y hazienda, que es manda, o legado, *ex l si quis servum. 8. §. fin. cum l. seqq. ff. de legat. 2. l. mulier. 22. § fin. iuncta. l. 1. §. Qui quadringenta ff. ad S. C. Trebel.*

RES-

RESPONDESE.

N. 17. PRimô, que la question que por agora se ventila, no es, si *quota bonorum, vel quota hereditatis*, se puede legar dd. iuribus (de quorum interpretatione in transitu videantur pluribus omissis. Ant. Pichar. *in §. Sed quia heredis .3. inst. de fideicom. heredit. nu. 7. & 40. cum seqq.* Don. & Osuald. *lib. 8. com. cap. 11. lit. S. & cap. 19.* Dom. D. Melch. de Valent. *illustr. iur. lib. 3. tract. 3. de legat. cap. 1. feré per totum*) que esso no se niega: como ni de contrario se puede dudar, que tambien en parte de bienes, y hazienda se puede instituir, *ex §. Hereditas. 5. instit. de heredib. instit. l. 16. titul. 3. p. 6.* y que assi en este caso ha lugar el remedio de la *l. vlt. C. de Edict. D. Adrian. toll.* ibi: *Ex asse, vel ex parte.* Ant. Gom. *in l. 45. Taur. num. 136.* & alij: el punto es si quiso, y con efecto instituyò Pedro Fernandez Hidalgo por herederos en el Quinto a sus hijos naturales, que es lo que se procura esforzar con tantas conjeturas, y presumpciones.

N. 18. *8. Conjetura de la geminacion de palabras.* Secundò; pues confiessa la parte contraria, que en el nombre Quinto, se comprehenden deudas, derechos, y acciones, *ex d. l. si quis servum. 8. §. fin. cum l. seqq. ff. de legat. 2.* Pues las palabras de las leyes, o de los testadores no se deven sospechar inutiles, superfluas, sin ministerio de obrar alguna cosa, *ex d. cap. si Papa. 10. de privileg. in 6.* cum vulg. pues la geminacion de ellas *enixam voluntatem inducit*, ex vulgari text. *in l. Ballista. ff. ad S. C. Trebel.* Permitaseme conjeturar, que buscava vozes el testador para mostrar el animo de instituir por herederos en el Quinto a sus hijos naturales, y no pareciendole suficientes, *les dexo, y mando la quinta parte de todos mis bienes, y ha-*

zien-

zienda; añadio synonomos, *deudas*, *derechos*, *acciones*, *otras cosas a mi pertenecientes*: solo no hallava las propias: *Sed non omnis testator scit dicere heredem instituo*, vt inquit Peralt. *in rubr. de heredib. instit. nu.* 153. Pero que mucho que le sucediesse esto a vn moribundo? ex Bald. *in l. 2. ff. de testam.* Bursat. *cons.* 165. *nu.* 42. *lib.* 2. & *cons.* 226. *num.* 68. *lib.* 3. Lucret. *lib.* 3.

Denique cor hominum, cum viri vis penetravit
Acris, & in venas, discessit diditus ardor
Consequitur gravitas membrorum, præpediuntur
Crura vacillanti, tardescit lingua, madet mens
Cur ea sunt? nisi quód vehemens violentia viri
Conturbare animam consuevit corpore in ipso.

Y que conturbado con la cercania a su fin, olvida las especies de lo que vio, y oyô, y desvaratado el relox de las potencias, señala sin tiento, ni discrecion. *l. hac consultissima.* 8. *vers. At cum humana. C. qui testam. fac. poss.* ibi: *At cum humana fragilitas mortis præcipué cogitatione perturbata, minus memoria posit res plures consequi.* Lucret. lib. 3.

Quin etiam subito vi morbi sæpé coactus
Desipit, extentat nervos, torquetur, anhelat,
Desipientia fit, cum vis animi, atque animai
Conturbatur.

Virgil.

Si forté furent i
Erravit in morte dolor, si lingua loquuta est,
Nescio quid titubante animo, non sponte, sed altis
Expugnata malis, odio languoris iniqui,
Si mens cœca fuit.

Y en terminos de institucion tacita, por no expressar, *instituyo por heredero. l quoniam.* 15. *C. de testam. in fin.* ibi: *Nec necessaria sunt momenta verborum, quæ*

forté

fortè, & seminecis, & balbuciens lingua profudit.

N. 19. Tertiò, que aunque *Parte de bienes, parte de hazienda*, sean palabras que importan legado, puede muy bien el testador disponer que importen institucion; como advierte in terminis Peralt. *in rubr. ff. de heredib. instit. num.* 153. donde despues de aver afirmado, *ex d. l. quoniam.* 15. que la institucion de heredero se haze por qualesquier vozes aptas a enunciar, y propalar la mente de el testador; hæc in aurea prorumpit verba: *Ex cuius litteræ generalitate dicit notanter Ludov. Roman. reputans textum illum singularem cons. 179. quod per quævis verba, etiam legatum importantia, potest testator disponere, quod importetur institutio, & sic est bonus textus pro Gloss. ordin. in l. quoniam, Gloss. 1. Cap. fam. ercisc. dicente quòd si pater, inter suos filios, vel emancipatos* (que son como los naturales nuestros l. quin etiam. 55. ff. de rit. nupt.) *in voluntate vltima divisit bona sua, assignando eorum cuilibet certam portionem quotam, vel etiam rem certam* (esto es lo mas singular) *pro eodem est, ac si dixisset eos heredes instituo.*

9. Conjetura de las mismas palabras de la Clausula del Quinto.

IV. FVNDAMENTO contrario.

QVe aunque Pedro Fernandez Hidalgo dixera: *Dexo por herederos en el Quinto a mis hijos naturales*, ni lo fueran, ni pudieran ser, por ser instituidos *in re certa*, sino legatarios, conforme al siẽpre gran texto *in l. quoties.* 13. *C. de hered. instit.* vestido con el lugar vnico de Menoch. *ad adipisc. possess. rem.* 4. *num.* 132. & 133.

N. 20. PRimò (sin reparar en la impropriedad de las vozes, *loco legatariorum*, y *habeantur*) que *el Quinto de todos los bienes, y haziendo, deudas, derechos, y acciones*, sea en ora buena, *quota, pars certa hereditatis, aut bonorum*, que incluye acciones activas, y passivas. *d.l.quoties*, ibi: *Alij veró ex certa parte, vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur: eos tantummodò omnibus hereditarijs actionibus uti, vel conveniri decernimus*. Pero no puedo sufrir que la llamen institucion *in re certa*: que es institucion en casa, viña, &c. como se vè *in d.l.quoties*; y mas claro *in l. 14. tit. 3. p. 6.* ibi: *En vna cosa señalada como en viña, o en otra cosa qualquier, estableciendo vn ome a otro por su heredero.*

N. 21. Secundò, porque no es cierto dezir absolutamente: el instituido *in re certa*, es legatario: lo comun es dezir, que aunque *actu* sea singular sucessor, *habitu* es heredero (*etiam dato alio coherede universali*) y que repudiando este la herencia, o omitiendola, aquel, *rei mentione detracta*, por voluntad de el testador se constituye vniversal heredero. *l.1.§.Si ex fundo.ff. de heredib.instit.d.l.14.tit.3.p.6.* vbi Gregor. Lop. *Gloss. 2. in princip.* Argel. *de acq.poss.q.17.art.7.num. 17.* Cald. *de nom.emph.q.24.num.10.* Cyriac. *tom. 2. contr. 303. n. 1. cum seqq.* Menoch. *de adipisc.possess.d.rem.4.nu. 116. & 117* Mich.Grass. *recept.sent.§.hereditas,q.3.num.3.* Mantic. *de coniect.vlt.volunt.lib. 9. tit. 14. num. 9.* & cum pluribus theoricis ac practicis Ant. Pich. *in lect. ad tit.de acq.heredit.cap.30.n.19.* & Dom. D. Melch. de Valent. *illustr.iur.lib.3.tract.3.de legat.cap.1.nu.18.* Lo qual tiene lugar, aunque el testador mande que el insti-

instituido *in re certa*, ni pida, ni aya otra cosa. Bald. *in l. quoties. §. Si duo ante finem, vers. Quæstio, in qua habui consulere.* Gregor. Lopez *vbi proximé, Gloss.* 3. Cyriac. *num.* 4. & 5. Argel. *d. q.* 17 *art.* 6. *ex num.* 20.

N. 22. *10. & vltima conjetura. De las mismas palabras de la Clausula del Quinto.*

Tertiò, & vltimò, porque (caso no confessado) que Pedro Fernandez Hidalgo huviera dexado *rem certam*, a sus hijos naturales, constando (como consta) por tantas conjeturas, y presumpciones la voluntad de instituirlos por herederos, se ha de induzir que la dexa *titulo institutionis.* Es singular al proposito Peralt. *in rubr. de heredib. instit. num.* 177. donde ex Bart. Bald. Angel. Corn. Perus. ait. *Et prædicti etiam habent pro constanti, quòd si appareat de mente testatoris, quod voluerit rem certam relinquere filio iure institutionis, tunc ex illa coniecturata testatoris voluntate, inducetur titulus institutionis.*

ARTICVLO II.

QVE PEDRO FERNANDEZ HIDALGO (sin que perjudique el tener nieto legitimo) justamente pudo instituir por herederos en el Quinto a Lorenço de Saavedra, y Consortes sus hijos naturales.

DE la voluntad conjeturada, *tum ex principijs generalibus, tum ex clausulis testamenti, ipsisq; testatoris verbis, satis iam verborum est.* Empero como sea cierto que no se puede interpretar desuerte, que parezca que se quiso de ellas deducir; lo que no se quiso disponer; argum. text. *in l. si quis ita. 6. ff. de cōdit. instit. l. Lucius. 21. §. Imperatores. 6. ff. ad municip. & de incol.* ni torcer violentamente las vozes para que hagan cō-

sonan-

sonancia a lo impossible; argum. etiam text. *in l. Gallus 29. §. Quoniam rectè. 1. ff. de liber. & posth. l. antiquitas. 14 C. de vsufr. cum vulg.* quibus in terminis, addere libet cum Bald. Aret. & Socin. Iunior. locum Mantic. *de coniect. vlt. volunt. lib. 3. tit. 2. num. 14. & 15.* en este segundo Articulo solamente se aspirarà a esforçar, que tambien tuvo potestad Pedro Fernandez Hidalgo (sin obstar el nieto legitimo) de dexar el Quinto de su hazienda a Lorenço de Saavedra, Don Pedro, y Doña Petronila Fernandez Hidalgo sus hijos naturales por titulo de institucion. Y para no extraviarme de el methodo de el Articulo antecedente, propondrè en este segundo los fundamentos principales (resecatis superfluis) de la parte contraria, y las satisfaciones a ellos, lo serân de mi intencion, y assumpto.

I. FVNDAMENTO contrario.

QVe los hijos naturales (aviendo legitimos) estân prohibidos de suceder in testamento, ni ab intestato, en todo, o parte al Padre natural. l. 10. Taur. l. 8. tit. 8. lib. 5. Recop.

RESPONDESE.

1 QVe por derecho antiguo de los Romanos Iurisconsultos tenia el padre libre facultad de instituir por herederos a los hijos naturales in solidum *legitimis non extantibus*; y en parte *legitimis existentibus. l. Lucius. 45 ff. de vulg. & pupill. subsistit. l. cum tabulis 16. §. Quoniam. 1. ff. de ijs quib. vt indig. l. qui filium. 11 ff. de iur. delib. l. cum pater. 77. §. Volo. 13. l. Lucius Titius. 88. §. Damæ, & Pamphilo. 12. ff. de legat. 2. l. ex facto. 17. §. Si quis rogatus. 4. ff. ad S. C. Trebel.* Y bien cla-

claramente lo dize el Emp. Iuſtin. *in Auth. quib. mod. natur. effic. ſui. tit. 2. collat. 7. cap. 12. §. Ne igitur*, ibi: *Neq; quod agere licet in extraneis & ignotis, hoc in propijs filijs naturalibus homines agere prohibeamus, &c.* Ita ſentiunt Bart Imm. & comm. DD. antiqui *in d. l. Lucius.* 45. Cardin. Gabriel Paleot. *de noth. ſpurijſque fil. cap. 35. & 36.* Ant. Pichar. *ad tit. inſtit. de heredit. quæ ab inteſt. defer. § 6. de legit. filior. natur. ſucceſſ. num. 10. & 11.* Oſual. ad Donell *lib. 6. comm. cap. 17. lit. Q.* Dom. D. Ioan. de Larrea *1. tom. deciſ. Granat. diſput. 32. num. 23.*

2 Verdad es, que el Emperador Iuſtiniano *in d. Auth. quib. mod. natur. effic. ſui, in princ. & in §. Diſcretis*, afirma *in §. 1.* que el nombre de hijos naturales eſtava menoſpreciado por las leyes Romanas, y que no ſe tenia eſtudio, cuydado, ni humanidad con ellos, haſta la edad de el Emperador Conſtantino (*cuius conſtitutionis mẽtio quoq; habetur in l. 1. l Divi Conſtantini. 5. & l. vlt. verb. Sacris conſtit. C. de natur. liber.*) *Naturalium nomen* (inquit Iuſtin.) *Romanæ legis lationi dudum non erat in ſtudium, nec qualibet circa hoc fuerat humanitas, ſed tanquâm alienigenum aliquid omnino alienum á republica putabatur: á Conſtantini veró piæ memoriæ temporibus in conſtitutionum ſcriptum eſt libris: & in §. Diſcretis.* 12 que deſde el tiempo de los Ceſares Valente y Valentiniano, y Graciano Authores de la *l. 1. C. Theod. de natur. liber.* ſe tuvo alguna humanidad con los hijos naturales. *Valenti ſiquidem* (proſequitur Iuſtin.) *& Valentiniano, & Gratiano Divæ memoriæ primis placuit humanum aliquid agere circa naturales.*

3 Pero ſi ſe conſidera con atencion la mas comun, y veroſimil inteligencia de eſtos textos de el Emperador Iuſtiniano, en vez de obſtaculo, ſervirân de apoyo a nueſtro aſſumpto; es pues el ſentido, que era leve el

cuyda-

cuydado de los Antiguos Romanos legisladores con los hijos naturales, supuesto que a su favor no determinarõ en especial cosa alguna en quanto a la sucessión *abintestato*, ni en quanto a la sucessión *ex textamento*, permitiendosela *saltim*: que si *ex testamento* podian heredar a los estraños, y a los padres. *d. l. Lucius*. 45. *ff. de vulg. cum reliquis* (con tal que *ex alio capite* no les fuesse prohibido) era *iure communi*, porque desde que por la antiquissima ley de las 12. tablas a qualquier parde de familias generalmente se le concedio la faccion de testamento activa, y la passiva a qualquier Ciudadano Romano. *l. 1. ff. ad l. Falcid.* y entre los Ciudadanos se connumerassen tambien los hijos naturales. *l. qui in orbe. ff. de stat. homin.* por legitima consequencia avian de tener faccion de testamento passiva. §. *Servus. 6. inst. de hered. instit.* si no es que por ley especial se les prohibiesse, como a los celibes, a los orbos, y mugeres, *de quibus* D. Frãcis. de Amay. *lib. 2. obser. cap. 4. & lib. 3. cap. 6. num. 27. & 31.* y otros, *de quibus ex multis* Don. & Osual. *d. lib. 6. comm. cap. 17.* Y como antes de el Emperador Constantino, ni huviesse ley, ni constitucion, que se acordasse de los hijos naturales, permitiendoles, o vedandoles expressamente la sucessión, *ex testamento*, o *abintestato*, conque estuvieron contenidos en la esfera de estraños, y solo como tales (no debaxo de la formalidad de hijos naturales) al padre, y al estraño, *in solidum*, y en parte podian *ex testamento* heredar: por esso dixo Iust. *in d.* §. 1. que las leyes Romanas no se acordaron dellos hasta el Emperador Constantino, y en el §. *Discretis*, que desde el tiempo de los Emperadores Valente, Valentiniano, y Graciano se vsò de humanidad. Este discurso es (alijs relictis) de Paleoto, a quien siguen Ant. Pichar. *vbi sup. num. 13. 14. & 15.* de Osual. *d. lit. Q.* y de el señor

Don

Don Iuan Bapt. de Larrea *decis. Granat. dict. disp.* 32. *num.* 19.

4 El Emperador Constantino fue el vnico el primero, que les prohibiô a los hijos naturales conseguir alguna cosa de los padres *ex testamento, o abintestato. d. l. vlt. C. de natur. liber.* el vnico fue, pues no le siguierõ los demas Emperadores, y el primero, pues no le avia precedido ley que estableciesse a cerca de la sucesion de los naturales.

5 Despues de el Emperador Constantino los demas Emperadores, que promulgaron leyes acerca de la sucesion de los hijos naturales, no les prohibieron absolutamente ser herederos *ex testamento* (*etiam existentibus legitimis*) solo les tassaron a los padres la licencia de instituirlos en vna parte de las doze en que se dividia la herencia, *ex §. Hereditas. 5. inst. de hered. inst.* Asi Valẽtiniano, Valente, Gratiano, Arcadio, Honorio, y Iustiniano. *l. matre* 2. & Auth. *nunc soli. C. de natur. liber. l.* 1. *in C. Theodos. eod. tit. Auth. quibus mod. natur. effic. sui. §.* 1, *& §. Discretis. coll.* 7. *Auth. de trient. & semiss. tit.* 5. *collat.* 3. *cap.* 5. Y el señor Rey Don Alonso *in l.* 8. *tit.* 13. *p.* 6. ibi: *Pero si oviesse fijo legitimo, non le podria dar, nin dexar en su testamento a tal fijo natural, si non de las doze partes de la herencia, la vna.*

6 Y vltimamente por derecho mas nuevo destos Reynos se ampliô la facultad, a que los padres pudiessen instituir por herederos a sus hijos naturales (*legitimis extantibus*) en la quinta parte de su hazienda. *l.* 10. *Taur.* quæ est. *l.* 8. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop. Mandamos, que en caso q̃ el padre, o la madre sea obligado a dar alimentos a alguno de sus hijos ilegitimos, en su vida, o al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligacion no le pueda mandar mas de la quinta parte de sus bienes.*

7 Vease pues, como no ay ley alguna (*dempta Constãt. Imper.*

Imper.constitutione) que absolutamente aya prohibido a los padres el poder instituir a sus hijos naturales (*extantibus legitimis*) y como todas las leyes, y constituciones de los Romanos, y Castilla, que en razon desto se han promulgado, no han tenido por fin el incapacitarlos, y solo han tirado al blanco de moderar, o crecer la parte de herencia. *l.2.C.de natur.liber.* ibi: *Largiendi, vel relinquendi habeat potestatem.* Auth.nunc. soli, ibi: *Coarctant.l.vlt.C.de natural.* ibi: *Filijs enim naturalibus relinqui constitutiones quantum voluerint, ideó prohibuerunt, quia*, &c. Auth. quib.mod.natur.effic.sui cap. 1. ibi: *Quæ possunt in naturalibus valere. Et §.Discretis*, ibi: *Etsi quidem sit naturalium patri legitima soboles, vna vncia eos dignos esse fecerunt.* Et ibi: *Neque in vltima voluntate dari vlterius aliquid permittentes.* Et ibi: *Non posit filijs, eorumque matri, vltra vnam relinquere vnciam l.8.tit.13.p.6.l. 10. Taur.& l.8.tit.8.lib.5. Recop.* Y se han regido siempre por razones politicas, naturales, y catholicas.

8 La primera (y que conduce para la permision de instituirlos) porque si se atiende a la naturaleza, no se devẽ diferẽciar los naturales de los legitimos. Nov. *quib. mod.natur.effic.legit. §. Si quis sané*: ijs verbis, *Neque enim á principio quando sola natura sanciebat homines, antequam scriptæ pervenirent leges, fuit differentia naturalis, atque legitimi.* d. Auth. quib. mod.natur. effic. sui tit. 1. collat. 7. cap. 1. ibi: *Natura si quidẽ ab initio, dum de filiorum procreatione sanciret, scriptis nondum positis legibus omnes similiter quidem liberos, similiter autem produxit ingenuos. Primis namque parentibus, primi filij, similiter quidem liberi, similiter autem legitimi á creatione fiebant. Auth. de trient.& semiss.tit.5. collat.3. cap.5.* ibi: *Consideremus autem aliquid ad solam naturã*

clemens.

clemens. Es muy del proposito el lugar de S. August. *lib. 3 contr. Iulianum*, ibi: *Ac per hoc, & ea, quæ cum fœminis committuntur stupra, laudabis, quia & illic vsus naturalis est, quamvis damnandus, quia legitimus non est: vndè filij non legitimi, sed naturales dicuntur, qui inde nascantur.* Y S. Ysidoro *lib. 9. origin. cap. 3. Naturales filios definit, ingenuarum concubinarum filios, quos sola natura genuit, non honestas coniugij.* Y de este principio, assi como a los legitimos, a los naturales se deven dar alimentos, para cuyo fin se les permite a los padres instituirlos en parte. *d. Auth. quib. mod natur. effic. sui. Cap. 1. iuncto, Cap. 12. l. fin. C. de natur. liber. l. 8. & 9. tit. 13. p. 6. l. 10. Taur. d. l. 8. tit. 8. lib. 5. Recop.* Y es tan precisa esta obligacion en los padres, que ni en consurso de los legitimos puede privar de alimentos a los naturales. Lara *in l. si quis â liberis. §. Idem rescripsit, num. 59. in fin. ff. de lib. agnosc.* Covarrub. *in 4. de spons. 2. p. cap. 8. §. 6. num.* Molin. *d. iust. & iur. tom. 1. tract. 2. disp. 18. vers.* O... *va* Molin. I. C. *de primog. lib. 2. cap. 15. nu. 52.* vbi Adi... tionatores. Didac. Perez *in l. 22. tit. 3. lib. 1. ordin.* Gregori Lopez *in d. l. 8. tit. 13. p. 6. Gloss. 10.* Baeça *de non melior. filiab. rat. dot. cap. 8. num. 30.* Spin. *in specul testam. Gloss. 5 num. 122.* Zevall. *q. 779. num. 61.* passa a los herederos. *d. l. si quis â liberis. §. Item rescriptum. l. 8. iuncta Gloss. verb. Heredem, tit. 6. p. 3.* Covarrub. *d. §. 6. num. 4.* y a qualesquier posseedores de los bienes paternos. Surd. *d. tit. 1. q 50. num. 1.*

9 La segunda, que moviò a los legisladores para estrecharles a los padres la facultad de instituir a sus hijos naturales por herederos, fue porque si bien considerando la naturaleza eran iguales, *ex dd. Auth.* no segun lo politico, y vtil a la Republica, a quien le conviene mas el augmẽto de los hijos legitimos. *l. 1. ff. solut. matr. l. cum*

ratio.7.§.Si plures.3.ff.de bon.domnat. y asi no quisierō que los legitimos fuessen en alguna parte inferiores a los naturales.*l.communium.9.§.fin.C.de natur.liber.* y quisieron que teniendo el padre doze hijos legitimos, no heredassen entera la vna parte de las doze los naturales, *ex sententia multorum, quos congerunt* Matienzo *in l.7. tit 8.lib. 5. Recop. Gloss.4. num.2.* Ant. Pichard. *ad tit. inst.de hered.quæ abintest.defer.§.6.de legit. filior. natur. success. num.17.*

10 La tercera catholica, que expressô el Catholico Emperador Iustiniano *in l. vlt. C. de natur. liber.* fue para que poniendoles limite a los padres en la parte que *ex testamento (legitimis extantibus)* avian de poder instituir por herederos a sus hijos naturales, se les enfrenava el vicio de la incontinēcia, *Filijs enim naturalibus relinqui constitutiones quantum voluerint, ideo prohibuerūt, quia vitium paternum* (sc. incontinētiæ iuxta Goth. ibi:) *refrenandum esse existimaverunt*; facit in sui ratione text. *in Novell.74.quibus mod.natur. effic. legit. cap.6. Eos enim* (inquit) *qui semel ex odibilibus nobis, & propterea prohibitis nuptijs procedunt, neque naturales vocari, nec participanda eis vlla clementia est, sed sit supplicium etiam hoc patrum, vt agnoscant, quia neque quidquam peccatricis concupiscentiæ eorum habebunt filij.* El mesmo Emp. Iust. *in Auth.quib.mod. natur. effic. sui tit.2.coll.7.C.discretis.12.§.Nos igitur,* insinua este motivo de poner coto a la sucesion de los hijos naturales, ibi: *Plurima vtique sunt, & prius commissa, & nostris temporibus delinquuntur: & ideo ab impietate homines liberamus, &c.* Conducunt traddita per Roble. *de repræsent.lib.2.cap.14.num.26.* Garc. *de nobilit. Gloss.1. §.1. num.47.& in tract.de expens.& meliorat.cap.3.num.22 23.& 24.*

La

20)

11 La quarta, porque siendo tan grande el afecto que los padres tienen a sus hijos naturales, como observè *sup.art.1.num.3.* A que añado la *l. si servus. 33. ff. adl. Aquil. l. denique. 8. ff. de pignor. l. precia rerum. 63. in princ. ff. ad l. falcid. l. cum servus. 54. ff. mandat. l. Lucius 40. ff. de fideicom. libert. l. naturali. 7. ff. de confirm. tut.* que devo a la diligencia de el señor Don Iuan Bapt. de Larrea 1. *tom. decis. Granat. disp. 32. num. 6. 37. & 38.* y q̃ en consideraciõ de èl le pareciò cosa inhumana al Emp. Iustin. *in l. humanitatis. 8. C. de naturalib. liber.* que (*nullis extantibus legitimis heredibus*) no sucediessen en alguna parte los hijos a sus padres naturales: a contrario se les deve coartar la licencia de instituirlos *in solidum* en perjuyzio de los legitimos: lo qual hizieran a fuerza del cariño (argum. text. *in l. 1. ff. de donat, int vir. & vxor. Donationibus non temperantes, sed profussa erga filios facilitate abutentes*) sin reparar en el daño; argum. text. *singulariter perpensi*, à Dom. Larrea *vbi nuper, num. 37. sc. l. omnes debitores. 17. §. Lucius. ff. quæ in fraud. creditor.* verbis: *Cum haberet creditores libertis suis, eisdemq; filijs naturalibus universas res suas tradidit, quãvis nõ proponatur consilium fraudandi habuisse.*

II. FVNDAMENTO contrario.

QVe el hijo natural legitimado por rescripto del Principe (aunque sea para heredar los bienes del padre) no puede concurrir a la herencia con los legitimos ex testamento, ni abintestato. l. 12. Taur. & 10. tit. 8. lib. 5. Recop. ibi: *El tal legitimado no pueda suceder con los tales hijos, o descendientes legitimos en los bienes de sus padres, ni madres, ni de sus ascendientes abintestato, ni ex testamẽto. Conque menos podràn los hijos naturales, que no estàn legitimados.*

RES-

12 PRimò, que en el instante que leì estas palabras de la ley, huviera rendido la pluma, si acordandome de otra que es la *l. incivile. 24. ff. de legib.* no prosiguiera, y hallàra algun aliento en las siguientes: *Salvo si sus padres, o madres, o abuelos en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes que podian mandar por su anima, le quisieren alguna cosa mandar; que fasta en la dicha quinta parte bien permitimos que sean capaces, y no mas.* Estas si que se transforman a favor, porque aun dexando al hijo natural legitimado *per rescriptum Principis* en la linea de natural (*quoad successionem*) no le igualan con el legitimo, pero no le prohiben que suceda en el Quinto, antes se lo permiten, ibi: *Bien permitimos que sean capaces, &c.*

13 Secundò, porque las dichas palabras: *El tal legitimado no pueda suceder con los tales hijos, o descendientes legitimos, &c.* se han de entender, *ita vt non possit succedere* en partes iguales, con los nacidos despues de la legitimacion hecha por rescripto de el Principe; text. ibi: *Y despues su padre, &c. quasi secus sit*, si huviessen nacido antes de la legitimacion, y de ellos se huviesse hecho mencion al impetrar el rescripto: que en este caso suceden igualmente con los legitimos, porque en êl no estâ derogada la *l. 4. tit. 15. p. 4.* tenent ibi Gregor. Lop. *Gloss.* 2. Aceved. *in d. l. 10. tit. 8 lib. 5. Recop. à nu.* 28. Matienz. *Gloss. 2. num. 3. & 4.* omnes Tauristæ *in d. l. 12. Taur. præcipuè* Ant. Gom *num. 68. & quam plures* apud Anton. Pich. *in comm. ad tit. de heredit. quæ ab intest. deser.* §. 5. *de legit. fil. legitim. success. num.* 13.

III.

208

III. FVNDAMENTO contrario.

QVe el hijo natural no puede ser heredero en parte alguna a su ascendiente.l.7.tit.1.p.6. donde con los hijos legitimos no puede aver otra persona extraña instituida por heredero, ibi: *Otrosi dezimos, que si en tal testamento como este, fuesse ayuntado otra persona extraña, que heredasse al padre en uno con los hijos, que en quanto tañe en la persona de el extraño, no valdria el testamento, como quier que en todas las otras cosas que fuessen hi escritas, é dichas, seria valedero.*

RESPONDESE.

14 PRimò, que esta ley de la Partida se transuntò de là *l.hac consultissima.21.§.Ex imperfecto.C.de testament.* En verba: *Ex imperfecto testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos à parētibus vtriusque sexus habeatur, non volumus. Si verò in huiusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona, certum eam voluntatem defuncti, quantum ad illam duntaxat permixtam personam pro nullo haberi, sed liberis accrescere:* cōcuerda la *l.vlt.in fin.C famil.ercisc.* Y de todos es la mente, y la conclusion fixa, cierta, è innegable, que el testamento imperfecto por falta de las solemnidades necessarias (no por defecto de voluntad) hecho *inter liberos*, en quanto a ellos subsiste, mas no en quanto al extraño *simul* instituido por heredero; ita docent omnes Tauristæ *in l.3.Taur.* Regnicolę *in l.2.tit.4.lib.5 Recop.* Covarrub. *in Cap.relatum el 1.num.3. de testam.* Menchac. *de success.creat.lib.3.§.1.num.48.* & *120.* & *§.22.in princ.* Mich. Grass. *recept.sent.§.Testamentum,*

 q.6.

*q.*6.11.*&* 14.Franc.de Barr.*de success.test.* *& intest. lib.* 1. *tit.*3.*num.*6.Ant.Pichard.*in* §.*Sed cum paulatim.*1.Inst. *de testam.ordin.num.*1.*&* 17.Don. & Osuald.*lib.*6.*com. cap.*9.*lit.D.& E.* De aqui no se saca que con los hijos legitimos no pueda concurrir extraño heredero; antes si, que aviendose otorgado el testamento con las solemnidades que requeria, no solo en quanto a los hijos legitimos, sino tambien en quanto al heredero estraño valiera. Y lo que mas es, que no han tenido infinitos Authores, por muy estraños a los hijos naturales, supuesto que han sentido que el testamento imperfecto por falta de solemnidades hecho entre ellos, subsiste. Guillerm. Benedict.*in Cap.Rainutius,verb.Testamentum.*1.*num.* 83.*de testam.* Tiraq.*in l.si vnquam,verb.Susceperit liberos,num.*80.*C.de revoc.donat.* August.Barbos. *in l. vlt. C. fam. ercisc. num.* 16. Ant.Gom.*in l.*3.*Taur. num.*54. Ant.Thesaur.*decis.*94. Molin. *disp.* 128. *num.* 4. Parlad. *lib.*1.*cap.*16. Ioan.Baptist. Lupus *de illegit.comment.*1. §. 1.*num.*33. Dom. D. Ioan.de Solorç.*de iur.Indiar.tom.* 2. *lib.*2.*cap.*17.*num.*11. Paschal.*de virib.patr.potest.*2.*part. cap.*8. *num.* 45. Nigreir. *de confect. testam. lib.*3. *cap.* 4. *num.*8.

15 Secundò, que no ay repugnancia en que los hijos legitimos sean instituidos en su legitima, y los naturales en el Quinto de que son capaces, *ex dd. iuribus sc. l. matre* 2.*& Auth.nūc soli.cap. de natural.liber.l.*1.*in C.Theod. eod.tit. Auth.quib.mod.natur.eff.sui.* §.1.*&* §.*Discretis, tit.*2 *coll.*7. *Auth.de trient.& semiss.tit.*5.*coll.*3.*cap.*5 *l.*8. *tit.*13.*p.*6 *l.*10.*Taur.& l.*8.*tit.*8.*lib.*5.*Recop.*

16 Tertiò, que ni tampoco en que concurran con los hijos legitimos otros herederos extraños. *d.l.Lucius.*45 *ff.de vulg. & pup. subst.* cum reliquis sup. coacerbatis, *num.*1. y aora porque es ley de la Partida la que se alega,

añado

añado *ex superpondio* ley de la Partida, que es la *l.5.tit.*1 *p.*6.ibi: *Otrosi dezimos, que dexando el padre al hijo alguna cosa en su testamento como a heredero, maguer non le dexasse toda la parte legitima, que deve aver segun derecho, por todo esso dezimos, que non podria quebrantar el testamento, mas podria demandar, que aquel que le menguava de la su parte, que devia aver, que se lo compliessen, é los otros que son escritos por herederos en el testamento, son tenudos de lo facer.*

17 Quartò, y vlt. que ni tampoco se implican para la representacion dos, o mas herederos. §. *Et vnum.* 4. *inst. de hered. inst.* porque quando ay vn solo heredero, vnico, y vniversal instituido, por èl se representa *in solidum* la persona de el difunto, y quando mas, todos la representan *respectivé*. Peralt. *in l. si quis in princ. testam. ff. de legat.* 3. *num.* 12.

IV. FVNDAMENTO contrario.

QVe el señor Rey Don Alonso in l. 8, *tit.* 13. *p.* 6. *quando permite que suceda abintestato en dos partes el hijo natural (no aviendo legitimos) vsa de las palabras pueda heredar: y quando le concede de las doze partes la vna, dize, dexar, que aquellas indican institucion vniversal, y esta legado.*

RESPONDESE.

18 PRimò, que precisamente me ha de conceder, y confessar la parte contraria, que en caso de no tener el padre herederos forzosos, puede instituir en toda la herencia al hijo natural. Tauristæ *in l.* 10. *&* 27. *Taur.* Regnicol. *in l.* 8. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop. & in l.* 11. *tit.* 6. *eod. lib.* 5. *Recop.*

5. *Recop.* Gregor. Lopez *in d.l.8.tit.13.p.6.Gloss.*4. Ant. Pichard. *ad tit. de heredit. quæ ab intest. defer.* §.*6. de legit. fil. natur. success.* Vazquez *controv. illustr. lib.*3. *cap.* 102. *num.*18. Covarrub. *in* 4. *de spons.*2. *p. cap.*8. §. 4. *num.* 12. Paris. *cons.*1. *num.*28. *lib.*2. Bursat. *cons.*883. *num.*1. *vol.*1. Roland. à Vall. *cons.*85. *num.*1. *vol.*3. Mich. Grass. *recept. sent.* §. *Institutio, q.*7. *num.*1. Mercur. Merlin. *de legit. lib.*1. *tit.*2. *q.*4. *num.*1. Harprecht. *in addit. ad Clar. in* §. *Testamentum, q.*31. *lit. B. nu.*1. Peregr. *de iur. fisc. lib.*3. *tit.*18 *num.* 19. Cald. Pereir. *in l. si curatorem, verb. Sine curatore, num.*97. *C. de in integr. restit.* Valasc. *cons.*94. *num.*4. Did. Per. *in l.*1. *tit.*2. *lib.* 5. *ordinam. vers. Oliũ siquidem fol.*97. Menoch. *de præsumpt. lib.*4. *præsumpt.*96. *num.*1. Vincent. de Franch. *decis.*47. *num.* 1. Don. *lib.* 6. *com. cap.*17. *lit. R.* Mastr. *decis. hicil. decis.* 152. *num.*6. Benedict. Ægid. *in tract. de iur. ac privil. honest. art.* 13. *num.* 46. *in fin.* Molin. Theolog. *de iust. & iur. tract.* 2. *disput.* 166. *num.*1. *concl.*1. Vease agora como las leyes que lo permiten, no siempre se explican por las palabras: *Hereden, instituir herederos, &c.* sino por otras, como *transmittere, in Auth. licet. C. de natur. liber. Quantum voluerint suæ substantiæ in eos conferre. l. vlt. C. eod. suas in illos substantias transportare. Auth. quib. mod. natur. effi. sui, tit.*2. *coll.*7. *cap.*12. §. *si veró.*4. mandar la *l.*10. *Taur.* y la *l.*8. *tit.*8. *lib.*5. *Recop.* Y finalmente la misma *l.* 8. *tit.*13. *p.*6. ibi: *E si por aventura el padre no oviesse pariente de los descendientes, nin de los ascendientes; estonce puede el dar mientra viviere, o dexar en su testamento todo lo suyo a tal fijo como este*: Luego la palabra, *Dexar*, no significa legado precisamente, ni precisamente es necessario que las leyes digan, *Instituir por heredero.*

19 Secundò, que *quinta parte de bienes, y hazienda cõtiene* vniversalidad. *l. hereditatis.* 119. *l. bonorum.* 208. *ff.* de

de verb.sign. y los verbos, *Dexar, mandar*, juntos a vniversalidad constituyen institucion de herederos, como mas latamente se exornò en el 1. *art. num.* 14.

20 Tertiò, porque por mas anatomias que se hagan de las palabras de las leyes, las leyes que hablan de la parte que pueden dexar los padres a los hijos naturales (adhuc legitimis existentibus) no estàn debaxo de las rubricas de legados, sino de sucessiones, *vti. l.* 8. *tit.* 13. *p.* 6. *& l.* 8. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop.* y las leyes se han de entender conforme las rubricas, debaxo de las quales estàn colocadas. *l.* 1. *vers. Quoniam. ff. si certum petatur, cum vulg.*

21 Quartò, porque para quitarle al padre la licencia de instituir a sus hijos naturales por herederos en el Quinto (*legitimis etiam existentibus*) como puede a los extraños, no bastan leyes traidas violentamente, sino leyes q̃ expressamente se lo vedassen. *l. necnon.* 28. §. *Quod eis, iuncta Gloss. verb. Prohibeant. ff. ex qq. caus. maior. Cap. Omnes, & ibi Gloss.* 3. *dist. Cap.* 1. *de translat. Episc. Vbi omnes aiunt, quòd semper actus censetur permissus, eo ipso, quod in lege, seu statuto expressè prohibitus non inveniatur.*

22 Quintò, y quando en las leyes huviera alguna palabra (que se niega) cuya inteligencia pudiesse ser dudosa, siẽpre devia interpretarse de forma, que lo q̃ individualmente no se prohibe, huviesse de quedar preservado, respeto de que por derecho se juzga por causa mas favorable la permision de vn acto, que la prohibicion del; vt resolvit Cravet. *cons.* 283. *num.* 25. refiriendo a Bart. *in l. si ita quis.* §. *Ea. ff de verb. obligat.*

23 Y finalmente eslabonando, y vniendo lo fundado en este articulo, con lo discurrido, y alegado en el primero, *liquidò deprehenditur*; que teniendo el padre licencia para instituir a sus hijos naturales por herederos en el

Quinto(*adhuc legitimis extantibus*) y siendo tan cordial el afecto para con ellos,que haze ventajas al cariño a los legitimos,no es verosimil que si le preguntassen, si queria dexarlos por herederos,no respondiesse, que si: y esta verosimil voluntad de el testador, que de esta, y de tantas conjeturas, y presumpciones tan legitimas se deduce, se ha de observar, y guardar como si *expressè ab eo fuisset dispositum*:y la disposicion se ha de indiciar *à verosimili mente disponentis, & prout est verosimile disponentem fuisse responsurum, si fuisset interrogatus.l.cum res.47.ff.de legat.*1.ibi: *Vel verosimile est, eum voluisse.l.Titius.25.§.Lucius Titius.ff. de liber. & posth.l.cum avus.102.ff.de condit.& demonstr.l. generaliter.6.§.Cum auten.C.de instit.& substi. l. cum accutissimi.30.C.de fideicom.l.licèt Imperator.74.ff. de legat.1. l.cum testamento.24.ff.de reb.dub.l.mulier.22.ff.ad S.C. Trebel.l.tale pactum.§.fin.ff. de pact. & ibi Gloss. fin. in fin.*Iason *in d.l.tale pactum.§.fin & in l.Barbarius Philippus, à num.3.ff.de offic.Prætor.*Tiraq. *in l.si vnquam in præfat.num.56.C. de revoc.donat.* Ant. Gabr. *comm. opin.lib.6.tit.de reg.iur.conclus.*10.Iul. Clar.*lib.3.sent. §. Testamentum,q.76.*Peralt. *in l.si quis in princ.testam. à num.*151.*fol.*460. Burgos de Paz *cons.* 34 *num.* 29. *cum seqq.*Hieronym.Gabr.*cons.*111.*num.* 15. *lib.* 1. Mantic. *de coniect.vltim.volunt.lib.3.tit.2.num.7.&* 19. *â nu.*1. Peregrin.*de fideicom.art.*11.*num.*32.Menchac.*de succes. creat.lib.2.§.11.num.*35.Alvar.Valasc.*consult.* 58.*nu.*4. *& cons.*193.*num.*5.Surd.*decis.*37.*num.*30. *& decis.* 202. *num.*3.Gamma *decis.*355. *num.* 4 Cæsar Barz. *decis.* 5. *num.*15.Dom.Molin.*de Hisp.primog.lib.1.cap.4.n.*24. Castill.*qui plura, & plures more suo congerit, tom.* 4. *contr.cap.*12.

ARTICVLO III.

QVE A LORENZO DE SAAVEDRA, Don Pedro, y Doña Petronila Fernandez Hidalgo les compete remedio possessorio en los bienes que quedaron de Pedro Fernandez Hidalgo su padre natural, como a instituidos por herederos en el Quinto, y aun (caso no confessado) que fuessen legatarios.

1 DE lo fundado en los dos articulos antecedentes se forma premissa indubitable, de que Lorenço de Saavedra, Don Pedro, y Doña Petronila Fernandez Hidalgo pudieron ser, y fueron con efecto instituidos por herederos en el Quinto por Pedro Fernandez Hidalgo su padre natural; y de ella se infiere por legitima consequencia, que les compete remedio possessorio de la ley de Soria, que es la 3 *tit.13.lib.4 nov.Recop.& l.vlt.C.de Edict.D.Adrian.toll.* Menoch.*de adipisc.possess.rem.*4. Cæs. Argel.*de legit.contr.per integr tract* Paz *de tenuta, cap.*26. Ant Gomez *in l.45.Taur. á num.* 134. Mier. *de Maiorat.3.p.q.15.per totam.* Parlador. *lib.2.rer. quot. cap.15.* Castill.*tom.3 contr.cap.24.per totum.* Rodrig. *de execut.cap.1.art.3.á num.*14. Capyc. Latr.*decis.*10.*&* 16 Noguer. *allegat.3. á num.*136.*& allegat.22.num.66. & allegat.25.& allegat.31.á num.*78. Dom. D. Franciscus Salgad.*de reg.protect.3.p.cap.*12. Carlev. *de Iudic. lib.* 1. *tit.3.disput.15. num.* 14. *&* 22. Giurb. *de succes. feudor.* §.2.*Gloss.*12 *á num.* 62. sin que sean de consideracion las evasiones que por la parte contraria se intentan, que son las siguientes.

I. FVN-

I. FVNDAMENTO contrario.

QVe al legatario no le compete la possession en los bienes que se le mandaron, y que si la toma, es contra derecho, el qual introduxo remedio a favor del heredero, para que le quitasse al legatario los bienes de que tomó possession, tot. tit. ff. quorum legator. Y que assi el tomarla el legatario, o propria authoritate, o con authoridad del Iuez, es malignantis naturæ, y redolet a la prohibicion de Divo Marco. l. extat. 13. ff. de eo quod. met. caus. y al titulo, ne quis in sua causa, &c. y a otras prohibiciones semejantes: y que ni tampoco tiene el remedio possessorio el instituido in re certa, o en parte de herencia, dato alio coherede universali, ex Menoch. de adispisc. remed. 4. â num. 132. vsque ad num. 144. Y que mas sin duda ha de proceder en nuestro caso, porque ni estân instituidos los hijos naturales in re certa, ni lo pueden estar, pues solo son legatarios.

RESPONDESE.

2 PRimò, que Lorenço de Saavedra, y Consortes (*ex firmatis præcedentibus articulis*) pudieron, y fuerõ instituidos por herederos *en el Quinto de todos los bienes, y haziēnda, deudas, derechos, y acciones*, que es en quota de herencia, o en parte de bienes (que en la verdad, y en el efecto no ay diferencia. Parlad. *lib. 2. rer. quotid. Cap. fin. 1. p. §. 9. num. 8. & in sexquicent. different. quotid. differ.* 146. Gutierr. *pract. quæst. lib. 2. q. 58. nu.* 10. Dom. Molin. *de primog. lib. 1. cap.* 10. *num.* 11. Olan. *in concordant. iur. verb. Melioratus, num.* 34. Aceved. *in l. 5. tit. 6. lib. 5. Recop.* Et Matienz. *ibidem Gloss. 2. & 3.*)

y assi

y assi les compete el remedio possessorio, *ex l. vlt. C. de Edict. D. Adriani toll.* ibi: *Si quis ex asse, vel ex parte heres institutus*: Es doctrina comun de los Authores. Ant. Gom. *in. l. 45. Taur. num.* 136. Parlad. *d. differ.* 146. *num.* 17. *& d. §. 9. num.* 11. pero vno por todos, cuyas palabras pondrê a la letra por adequadas, por grandes, por fundadas en razō, y porque no se tiene præ manibus. E Autor es Cæsar Argel. *de acquir. possess. q.* 17. *art.* 1. El titulo es, *An instituto in quota hoc beneficium competat*: y la resoluciō: *Consentiunt omnes, nullo cōtradicente, hoc beneficium competere, vt patet ex relatis á Menoch. de adipisc. remed.* 4 *num.* 114. *& Achiles Personal. in tract. de adipisc. num.* 182. *Cui sententiæ omni disputatione omissa subscribendum censeo: Probatur enim ex verbis apertis text. nostri*, ibi: *Si quis ex asse, vel ex parte heres institutus: cui enim plené conveniunt verba legis, dispositionem quoque convenire, omnino fateri debemus. l. 4. §. Toties. ff. de damn. infect. & maximé cum ratio conveniat, quæ est anima legis: ratio enim ea est, vt vltima voluntas in quantum universalis est, quam primum suum consequatur effectum, quod expedit Reipublicæ. l. vel negari. ff. quemadm. testam. aper. Non autem possumus negare, quin ea dispositio, per quam in quota quis instituatur, sit vltima voluntas, & universalis, cum enim quota sit quid universale. l. quoties vbi Gloss. & Bald. ff. famil. erscisc. Idem Bald. in l. cum á matre, q. 3. C. de rei vindic. Rip. lib. 1. num. 16. ff. quor. bon. Menoch. d. remed. 4. nu. 115. dispositio, seu institutio in quota, pro certo universalis est.*

3 Secundô, que aunque fueron (que no son) instituidos *in re certa alio dato coherede universali*, Lorenço de Saavedra, y Consortes, pueden tomar la possession *propria authoritate*, como lo resuelve con Bartulo, Ange-

lo, Baldo, Paulo de Castro, Alexandro, Corn. Tiraquelo, Rodrigo Suarez, Antonio Gomez, Rolando à Valle, y Bernardo Diaz, Ioan. Gutierr. *in l. nemo poteſt. ff. de legat.* 1. *num.* 356. quibus adhærent Caſtill. *in l.* 24. *Taur. n.* 20. Coſta *in Cap. ſi pater.* 6. *p. verb. In re certa, num.* 12. Gratian. *regul.* 281. *num.* 10. & Cancer. *var.* 2. *p. cap.* 10. *n.* 94. y les compete el remedio poſſeſſorio de la *l. vlt. C. de Edict. D. Adrian. toll.* no ſolo aviendo repudiado la herencia el inſtituido en ella, o muerto antes que el teſtador; vt tenent Guillerm. Benedict. *in Cap. Rainutius, de teſtam. verb. In eodem teſtamento, el* 1. *num.* 259. Anton. Gom. 1. *var. cap.* 10. *num.* 15. Aceved. *in l.* 3. *tit.* 13. *lib.* 4. *Recop. num.* 66. *&* 67. & cum Menoch. Achil. Perſonal, atque alijs Cęſar Argel. *de acquir. poſſeſſ. d. q.* 17. *art.* 5. *per totum*, & præcipuè *num.* 4. pero aun antes de eſtar repudiada, ex ſingulari doctrina Bart. *in d. l. vlt. C. de Edict. D. Adrian. toll. col.* 5. *num.* 8. Et Paul. Caſtr. *col.* 3. *in fin.*

4 Tertiò (caſo no confeſſado) que Lorenço de Saavedra, y Conſortes fueran legatarios, como tales pudieron intentar remedio poſſeſſorio en los bienes legados, *implorato Iudicis officio* Menoch. *de adipiſc. remed.* 2. *n.* 82. *& ſeqq. & remed.* 3. *num.* 32. Zevall. *q.* 103. *num.* 39. Valdes in addit. ad Suar. *in l. quoniam in prioribus, in declarat. l. Regn. q.* 7. *num.* 19. Sccac. *de Iudic. lib.* 1. *cap.* 62. *n.* 9. Ludovic. Poſth. *de manut. obſer.* 47. *num.* 10. y aunque la tomaſſen *propria authoritate*, como fueſſe paladinamente, no a hurto, ceſſa el interdicto *Quod legatum, &c.* ex latè traditis per Ant. Gom. *in d. l.* 45. *Taur. n.* 130. *&* 132. Luego ceſſa la nulidad que ſe alega: luego juſtamente eſtân en poſſeſsion: luego quien intentare contradezirla, pues es actor voluntario, deve pedir en el fuero ſeglar, donde eſtà radicado eſte juyzio poſſeſſorio: *Sed de hac materia poſtea latius tractabitur.*

II.

II. FVNDAMENTO contrario.

QVe la possession (no considerable, por aver dado causa al pleyto, ex Posth. de manut. obser. 17. num. 55.) no le pudo privar a Don Iuan Remirez del dominio que adquirió en la herencia (luego que la aceptó) desde la muerte de el testador. l. cum heredes. 23. l. heres. 54. ff. de acquir. posses. l. si ex re. 28. §. Illud quæsitum. ff. de stipulat. servor. Ant. Pichar. in §. Heres, inst. de hered. instit. num. 10. Y mas siendo heredero suyo, y forzoso en quien se continua, no se adquiere de nuevo sino sola la administracion. l. in suis. 11. ff. de liber. & posthum.

RESPONDESE.

5 PRimô, que el determinar si la possession que diô causa al pleyto, es considerable, o manutenible, ex Posth. & alijs pluribus, quos cumulat Noguer. *alleg. 27. num. 381. allegat. 28. num. 65. & 66. & allegat. 31. nu. 37.* es punto jurisdicional de los meritos de la causa principal possessoria, que tuvo principio ante el Iuez Real, que que le decidirà, quando el Clerigo comparezca en aquel juyzio actor voluntario a poner su contradicion: que V.S. no vê este pleyto para definir que se ampare, o manutenga en la possession a Lorenço de Saavedra, o se dê a Don Iuan Remirez, sino para quitar (con vn extrajudicial conocimiento) la fuerza que haze el Eclesiastico en conocer, y proceder: ex latè, & copiosè congestis per Dom. Salgad. *de reg. protect. 1. part. cap. 1. prælud. 5. ex num. 194*

6 Secundò, & vlt. se podia responder, preguntando: *Quid commune habet proprietas cum possessione? l. natura-*

turaliter. §. *Nihil commune.ff. de acquir. poſſe.* Pero pōgaſe fin a eſte Articulo, conque Lorenço de Saavedra tomô poſſeſsion *authoritate Iudicis. l. iuſté poſsidet.* 11. *ff. eod.* y que en el heredero, aunque ſea forzoſo, no ſe transfiere la poſſeſsion de el difunto ſin nueva aprehenſion (de acto de ella no conſta en los Autos) *l. cum heredes.* 23. *l. qui vniverſas.* 30. §. *Quod per colonum. ff. eod. l. ſi ager.* §. 1. *ff. de rei vindic. l.* 1. §. *Scævola. ff. ſi is, qui teſtam. lib. eſſe iuſſ.* Oſual. ad Don. *lib.* 7. *comm. cap.* 10. *lit. C.* Dom. D. Melch. de Valent. *illuſtr. iur. tom.* 1. *tract.* 2. *cap.* 4. *num.* 10. Cæſar Argel. *de acquir. poſſeſſ. q.* 4. *art.* 6. *ex num.* 32. Noguer. *alleg.* 25. *num.* 185. Caſtill. 3. *tom. contr. cap.* 22. *á num.* 11. & 19. & *cap.* 24. *num.* 3. Ant. Fabr. *in C. lib.* 3. *tit.* 19. *defin.* 4. *num.* 10. & *lib.* 7. *tit.* 7. *defin.* 5. *n.* 1. Cardin. Tuſch. *lit. P. concl.* 426. Dom. Salgad. *de reg. protect.* 1. *p. cap.* 3. *á num.* 109. Ludovic. Poſth. *de manut. obſervat.* 55. *á nu.* 25. Aſin. *ad rub. C. de vſucap. pro empt. á num.* 158. & cum multis Noalis *de tranſmiſsione, caſ.* 38. *á num.* 2.

ARTICVLO IV.

QVE DON IVAN REMIREZ DE EL Caſtillo no puede huir el comparecer en el juyzio ſeglar, ſi tiene que contradezir la poſſeſsion en el, y con authoridad del Iuez tomada por Lorenço de Saavedra pro indiviſo en los bienes que quedaron por muerte de Pedro Fernandez Hidalgo ſu padre natural, de quien es heredero en el Quinto.

1 HAllaſe Lorenço de Saavedra en poſſeſsion de los bienes que quedaron por fallecimiento de Pedro

dro Fernandez Hidalgo su padre natural, y quien le instituyò por heredero en el Quinto, y a Don Iuan Remirez en el remanente; y asi si este quiere contradezirla deve parecer ante el Iuez seglar: asi lo siente en proprios terminos el señor D. Franc. Salgad. *de reg. prot. 4. p. cap. 14. num. 73.* cuius hæc sunt ipsissima verba: *Bald. in l. fin. C. de edict. D. Adrian. tollend. dicit, quòd si heres scriptus petat, se mitti in possessionem hereditatis ex beneficio dictæ legis coram Iudice seculari, si Clericus voluerit contradicere, dictum Iudicem secularem debet adire: & idem tãgit Corol. de Tapia in compilat. iur. Regn. Neapolit. rubr. 42. in Cap. Regni conventus, verb. Conventus, sub tit. de alienat. iudic. fol. 228. remissivè ad Franc. Iord. & ad Petr. de Ancharr. cons. 394. Aufr. in Clem. 1. de off. ordin. reg. 2. fallent. 20. Guillerm. Benedict. in Cap. Rainutius in verb. Et uxorem nomine*: en el num. 27. cita otros muchos authores que apadrinan esta sentencia, y en los numeros siguientes la exorna con diversas razones, y authoridades.

2 Y (ex hypothesi, que D. Iuan Remirez estuviesse en possession antes que Loẽrço de Saavedra) el Clerigo ha de alegarla ante el Iuez Real, y sumaria, y brevemente mostrar el derecho que le asiste, para que aya lugar la declinatoria, de la qual conoce justificadamente el Seglar, ita ex Anchar. Capyc. Dec. Aym. Cravet. Alexand. Felin. & Christophoro de Paz, Domin. Salgado *ibidem num. 74.*

3 Tûm, porque el posseer, o estar en possession, es question de Hecho, no de Derecho *l. in bello. 12. §. Factæ. ff. de captiv. & postlim. revers. l. 1. §. Scævola. ff. si is qui testam. liber esse iussus. l. 1. & l. cum heredes. 23. ff. de acq. poss. l. 1. ff. de crim. expilat. heredit.* Menoch. *de retin. poss. rem. 3. num. 745.* Y el Iuez Seglar puede cono-

M cer,

cer, y es competente de el Hecho, aunque ſea de coſa Ecleſiaſtica, o eſpiritual, como ex Alex. Iſern. Rom. Capic. Aymon, y otros innumerables reſuelve el ſeñor Salgad. vbi proximê, *num. 77. & 78.* Bobad. *in Polyt. lib. 2. cap. 18. num. 235.* plures apud Oleam *de ceſſ. iur. tit. 6. quæſt. 3. num. 18.* como en ſi de hecho huvo matrimonio, o no, ſin llegar a la diſputa de ſu validacion: y en el titulo exterior de el coronado, de ſu beneficio, o aſsignacion conforme a lo diſpueſto por el ſagrado Concilio de Trento *ſeſſ. 23. cap. 6.* Y la Bula de la Sanctidad de Pio IV. Dom. Salgad. *vbi ſup. num.* 80. & 81. La razon es, porque como todo hombre luego que nace deve obediencia a ſu Rey por Derecho divino, y natural. *Cap. Omnis anima, de cenſib.* ibi: *Sivé Regi tamquam præcellenti:* y en lo natural primero es el Iuez Real. *Ius divinum quod eſt ex gratia, non tollit ius humanum, quod eſt ex naturali ratione,* ex D. Thom. y el fuero Ecleſiaſtico en quanto a lo temporal, no es natural, ſino privilegiado; es meneſter que quien ſe quiſiere eximir de la juriſdicion Seglar, lo alegue en ſu Tribunal. *l. ſi quis ex aliena. ff. de iudic.* y el Iuez Secular deve defender ſu juriſdicion, haſta conocer, que no es la perſona, ni la cauſa de ella conforme al Hecho, y demonſtracion. *l. vnic. ff. ſi quis ius dicent. non obtemp.* Porque ſi con dezir vno que eſtà en poſſeſsion, que es Clerigo, no ſiendolo, que ſu hazienda es Ecleſiaſtica, ſiendo profana, &c. ſe huvieſſe de eſperar que el Ecleſiaſtico lo determinaſſe, vana, è iluſſoria quedaria totalmente la juriſdicion Real, pues todos ſe acogerian a eſte Aſylo. Porque como dixo Delfidio Orador, y refiere Ammian. Marcelin. *lib. 18. rer. geſtar. in princ. Quien jamas ſerâ culpado, ſi el negar le aprovecha?*

4 Vlteriùs, porque el que eſtà en poſſeſsion (como Lorenço

renço de Saavedra) y pretende el amparo, y manutencion en ella, es defensor, no actor, vti ex Gloss. Bald. Christoph. de Paz, Cardin. Tusch. & Petr. de Ancharr. tenet Dom. Salgad. *d. cap.* 14. *num.* 84. el actor es D. Iuan Remirez, que no estando en possession, ê intentando contradezir la de Lorenço de Saavedra, deve parecer en su juyzio, que es el Seglar. *Cap. Cum sit generale, de for. compet. Cap. si Clericus laicum, eod. tit. l.* 2. *C. de iurisdict. omn. iudic.* & pulchris ostendit rationibus Argel. *de legitim. contrad. q. 3. art. 6. per totum, & præcipué, nu.* 185. 186. & 187.

5 Y finalmente, porque aviendole dado el Seglar la possession a Lorenço de Saavedra sin perjuyzio de tercero, es conforme a razon que le pertenezca el revocar, a quien le tocò el conceder; argum. text. *in l. nihil tã naturale. ff. de reg. iur.* a quien causò el gravamen, le cõpeta la relevacion, y que si fue facil el Iuez en dar la possession, sea igualmente facil en reponerla. Parlad. *lib. 2. rer. quotid. cap. 6. num.* 5. y que deve prevalecer el origẽ, *ex l. quidquid. in princ. ff. de noxal. action.* principalmente en los juyzios, ex multis Dom. Salgad. *d. cap.* 14. *n.* 18. Todo este discurso le adorna el señor Don Iuan Baptist. de Larrea *decis. Gran.* 1. *tom. disp.* 6. *num.* 12. donde trae otras razones, y fundamentos por la jurisdicion Real, que en mas rigurosos, y no de semejantes terminos a los nuestros obtuvo en la Real Chancilleria de Granada *Auto de legos*: y siguiendo al señor Larrea, Spirit. de Ribiers *in addit. ad Argel. d. q. 3. art. 6.*

ARTI-

QVE TAMBIEN PORQVE LORENZO DE Saavedra, heredero instituido en el Quinto de los bienes de Pedro Fernandez Hidalgo, provocó a juyzio de particiones (que precisamente tocan al Iuez Real) alli deve parecer Don Iuan Remirez, heredero en el remanente de la hazienda (aunque sea Clerigo) si sua putaverit interesse.

1 SIguiendo la sentencia de Bald. *in l. fin. C. de imp. & alijs subst.* ibi: *Viam ferro aperit, qui per contraria transit*, se dà principio a este vltimo articulo, presuponiendo que el señor Don Franc. Salgad. *de retent. bullar. 2. p. cap. 14 num.* 11. fue de opinion, que si el seglar provocava a particiones al Clerigo, avia de ser en su fuero Eclesiastico: *hoc vnico fundamento; scilicét*, por la individualidad de la causa: *& in comprobationem adducit* Morquech. *de divis. bonor. lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 7. & Valasc. *de partit. cap.* 7. *num.* 4. Y Morquecho *his duabus mititur rationibus*. Primera, que el actor deve seguir el fuero de el reo. *l. actor. C. vbi in rem act.* La segunda, que el Clerigo heredero de el Seglar ha de ser convenido ante el Eclesiastico: *Pro hac sententia allegat* Covar. & Acev.

Solicitaràse empero establecer la doctrina opuesta, adornãdola con principios solidos, razones legales, exẽplos adequados, y que den salida suficiente a los tres fundamentos de que se valen dos Authores de tanta suposicion.

2 Et primô, *stabilitur ex eo quód ex suppositione*, que el juyzio de particiones tocarà por prevencion a los Iuezes, es cierto que el primero, aunque en orden, y dignidad sea inferior, deve preferir al segundo, *vt pluribus relatis*

latis tenet Bobad. *in politic. lib. 2. cap. 17. num.* 164. y atē-der siempre al origen, el qual prevalece. *l. quidquid in princ. ff. de noxal. act.* principalmente en los juyzios, ex Baldo, Decio, & Mandosio. Dom. Salgad. & ex Dom. Salgad. Dom. Larrea *decis. Granat. 1. tom. disp. 6. nu.* 13.

3 Y aun se pudiera adelantar el discurso, a que como la causa de que se fenezcan los pleytos, y litigios, es tan favorable al bien comun. *Cap. finem litibus, de dol. & contum.* cum vulgar. en caso de duda se avia de dexar al Iuez Real, antes que al Eclesiastico, en consideracion de la proligidad, largos terminos, è instancias, que hasta definirlos tienen sus tribunales. Palac. Rub. *in Cap. per vestras, notab. 2. num* 24. *de donat. int. vir. & vxor.* Paz *in prax. 2. tom. prælud. 2. num. 39. in fin.* Bobad. *d. lib. 2. Politic. cap. 17. num. 166.* & Dom. D. Ioan. de Larrea *d. disp. 6. num.* 10. Y en causa ninguna fueran mas sensibles, mas considerables, mas en perjuyzio de el bien publico, y particular, las dilaciones, largos terminos, è instancias, q̄ en esta de particiones; *iuxta considerata per eundem.* Morquech. *de divis. bonor. lib. 1. cap. 2. num. 2. 3. &* 4. & per Ant. Pichard. *in §. Quædam actiones. 20. inst. de action. ad l. 1. ff. famil. ercisc. num. 1.*

4 Secundò, porque bien sea el testador Clerigo, bien Seglar, è instituido Seglar, o Clerigo, la publicacion de el testamento le pertenece privativamente al Iuez Real. *l. 15. tit. 4. lib. 5. nov. Recop. l. repetita. 36. C. de Episc. & Cleric. l. consulta Divalia. 23. C. de testam.* Author Cur. *Philippic. 1. p. §. 5. num.* 30. August. Barbos. *in collect ad d. l. repetita, num. 2. & 3. & cum multis* Carlev. *de iudic. lib. 1. tit. 1. disp. 2. q. 5. num.* 334. y el inventario se ha de hazer con su intervencion: *conducunt tradita per* Zevall. *de cogn. per viam violent. q. 78. feré per totam, tenet cum* Cepol. Girond. & Greg. Lop. Idem Author *Cur.*

N *Philip.*

Philip. vbi nuper, num. 31. *& cum* Guillelm. Benedict. Rebuff. Carol. de Graff. Petr. Math. Ferrar. & Villadiego Carlev. *vbi proximé num.* 346.

5 Las dos razones que traen en apoyo de esta vltima resolucion, son acomodadissimas para authorizar que las particiones tocan privativamente al Iuez Seglar. Y la primera es, que la confeccion de el inventario *no es otra cosa, que vna especificacion, o declaracion especifica de los bienes que en confuso se dexaron a los herederos.* De q̃ resulta, que como la declaracion solo descubra, y manifieste lo que estava oculto. *l. adeó.* 7. §. *Cum quis, vers. vlt. ff. de acquir. rer. dom. l. heredes palam.* 21. §. *Sed etsi quid post in fin. ff. de testam.* assi se deve considerar como cosa que contiene, comprehende, ê incluye en si el mismo testamento: con què siendo el inventario declaracion de el testamento, *& quodammodò pars eius*, ha de seguir su naturaleza; y de la misma suerte que el testamento se publica ante el Iuez Seglar, con su intervencion tambien se avrà de hazer el inventario. Carlev. *d. q.* 5. *num.* 341.

6 La vltima, porque el inventario, *est quasi appendix testamenti*, y con quien tiene armonia, dependencia, y connexion, pues por èl constan los bienes que dexô el testador, a cuya voluntad publicada por el Iuez Real se aspira a dar satisfacion: de manera, que el que fuere Iuez legitimo competente de la publicacion, lo avrà de ser de el inventario: por dos principios. El primero, *Quia iudex causæ præparatæ, est iudex causæ præparantis. l. ordinarij.* 13. *C. de rei vindic. cum similib.* Y el segundo, *quia connexorum idem est iudicium. l.* 3. §. *Iudicio contrario. ff. de contr. act. tut. l. proinde. ff. ad l. Aquil. l. cum actum. C. de negot. gest.* cum vulgar. docet Carlev. *d. num.* 341. *&* 345.

El

7 El mismo engarce (si no mayor) tienen entre si inventario, y particiones: luego si ante el Iuez Real se hazè la publicacion, è inventario, ante el Iuez Real se han de hazer asimismo las particiones: legitima se infiere la consequencia, si en apoyo de la premissa se contemplan dos lugares bien de el intento. El primero es de Ayor. *de partit. 1. p. cap. 1. num.* 16. ibi: *Quia præcipua pars est inventarium partitionum, quod caput est omnium rationum, quia sine inventario difficile est, aut pené impossibile partitionem fieri totius hereditatis.* El segundo es de Alvar. Valasc. *eod. tract. cap. 8. num. 1. & 2.* ibi: *Confectio inventarij est omnino necessaria, quia sine inventario partitio bonorum æqua, vera, & integra nequit fieri, & quasi impossibile est sine inventario bonorum in partitionibus procedere: est enim inventarium caput, & fundamentum omnium rationum, & divisionum*: & pro hac doctrina citat. Bald. Claud. & Peralt.

8 Tertiò, porque aunque alguno de los herederos sea Clerigo, si por otro interesado (como en nuestros terminos) se toma possession pro indiviso, *ex l. vlt. C. de Edict. D. Adrian. toll. & simul*, se provoca a particiones, el libelo, o peticion de vno, sirve por todos, y aunque seã Clerigos han de parecer en el juyzio Seglar. Noguer. *allegat. 19. num. 129.*

9 La razon (y que se buelve contra el señor Salgado) es por la individualidad de la causa, cuya naturaleza es traer a si aun a los Eclesiasticos. Noguer. *d. allegat. 19. num. 129. vbi pro hac opinione adducit* Bald. Zuchard. Ancharran. & Menoch. porque no es bien que se divida la continencia de la causa. *l. 1. & 2. ff. quib. reb. ad eund. iudic. eatur. l. nulli. C. de iudic.* cum alijs sexcentis.

10 No se acomoda con este sentir el señor Salgado *in labyrinth. credit. 1. part. cap. 6.* donde asintiendo a que

se

se pueden citar al concurso los Clerigos acreedores, nõ se conforma con que la razon sea la individualidad de la causa, pareciendole que en esto se pone muy de parte de el Eclesiastico: pero si se mira con atencion desapassionada la razon que dà Zevall. *de cognit. per viam violent. quæst.* 72. se le proporcionarâ al señor Salgado no leve satisfacion, y que se incline tambien a authorizar, que por la individualidad de la causa, provocado el Clerigo a juyzio de particiones, ha de parecer en el Seglar; En verba: *Et in hoc nõ præiudicatur iurisdictio Ecclesiastica, neque fit in damnum, & præiudicium Clerici, sed in eius vtilitatem, quia aliàs si reliqui creditores recuperent sua debita, & fortassis ipse non compareat, & ostendat sua credita, remaneret sine debito, & teneretur postea litigare contra cœteros creditores, intẽtando revocatoriam coram iudice laico: & ne continentia causæ dividatur, consequens est, vt Clericus compareat coram iudice Seculari ad recuperanda sua debita, & docendo de iure suo contra debitorem, qui non convenitur vt reus, sed provocatur vt actor, ad comparendum, & docendum de iure suo.* Vease agora si militan estas proprias razones, para que provocado el Clerigo a particion, parezca en el juyzio Seglar.

11 Quartò, *& fulcitur*, porque es grande la distancia, y diferencia que ay entre citacion, y provocacion, o monicion; que esta vltima como no arguye superioridad en el que amonesta, se puede executar por el Iuez Real en los Eclesiasticos: el señor Don Francisc. Salgad. enseña esta doctrina, *de reg. protect.* 1. *p. cap.* 2. *num.* 132. ibi: *Pro quo facit celebris Gloss. in Cap. cum causa de offic. delegat. quæ pulchrè considerat differentiam inter citationẽ, & monitionem, vt monitio, cum nullam arguat superioritatem monentis, rectè á iudice Sæculari inter Clericos*

fieri

fieri valet: adornanla con las authoridades de Matheo de Afflictis, Paulo de Castro, y Mariana Socino: y estriva en razon solida, y juridica; porque semejante monicion, *est incitatoria, sive certioratoria, & conditionalis*, no empero *coactoria, vel arctatoria ad causam*: y asi el Clerigo, *si sua putaverit interesse*, para manifestar su voluntad, parecerà ante el Iuez Real actor voluntario. Aceved. *in l.* 15. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recopil. num.* 7. *&* 8. vbi Matienz. *Gloss.* 3. *num.* 2. August. Barbos. *pluribus coacerbatis, de clausul. clausul.* 23. *num.* 3. & cum copioso Authorum fasciculo Cæsar Argel. *de legit. contr. q.* 3. *art.* 1. *ex num.* 89. y para no mendigar estraños de el assumpto a otro, resuelve lo proprio el proprio señor Don Francisco Salgad. *vbi proximê, nu.* 133. *cum seqq. & in labyrinth. credit. d.* 1. *p. cap.* 6. *num.* 17.

12 Quintò, & vltimò, por los similes, y exemplares, que tan medidos, y ajustados dimanan de estas razones. El primero, que pidiendo el deudor espera a los acreedores, se citen todos por el Iuez Seglar, aunque algunos sean Eclesiasticos. Zevall. *de cognit. per viam violent. quæst.* 27. *ex num.* 8. & cum Vrsil. ad Afflict. Mastrill. Zevall. Anel. Amat. Apicel. Girond. Guzm. & Novar. Noguer. *d. allegat.* 19. *num.* 130. & cum Zevall. & alijs Dom. Salgad. *in labyrinth. credit. d.* 1. *p. cap.* 6. *nu.* 9. *num.* 10.

13 El segundo, que quando el fallido haze cesion de bienes, pueda el Iuez Real citar a los acreedores Clerigos. Zevall. *d. q.* 72. *ex num.* 2. *cum seqq.* Noguer. *d. allegat.* 19. *num.* 131. vbi plures concerbat Authores, & Dom. Salgad. *d.* 1. *p. cap.* 6. ferè per totum.

14 Tertiò, *denique* (*alijs omissis*) que quando se haze inventario de los bienes de algun difunto, el Iuez Seglar cite a los Clerigos interesados. Matienz. *in d. l.* 15.

tit.4.lib.5.nov.Recop.Gloss.3.num. 2. à quo mutuum accepit Aceved. *ibidem num.* 7. *&* 8. & ex Farinac. Domin.Salgad.*de reg.protect.*1.*p.cap.*2.*num* 136.

15 Y de todo *resultat liquidó*, que por ser el juyzio de particiones individuo.*l.si filii.*20. §. *Familiæ erciscundæ.*4.*l.in hoc iudicio* 27.*ff famil.ercisc.l.* 1. *C. eod.* Y por ser la provocacion solamente incitatoria, puede hazerse al Eclesiastico, y el Eclesiastico parecer en el fuero Seglar, actor voluntario, *si sua putaverit interesse*: speciosissima habentur verba apud Alvar. Valasc. *de partit.cap.*7.*num* 4. hæc sunt ipsissima: *Hæc autem citatio, si heredes vltró non compareant in iudicio, debet fieri de mandato iudicis, vt in brevi tempore vnusquisque heredum compareat ad videndum fieri partitiones, si sua interesse putaverit*: y por ellas se reconoce quan ageno estuvo de afirmar, que las particiones se avian de hazer ante el Iuez Eclesiastico, aunque provocasse a ellas el interesado Seglar, como quiso atribuirle el señor Don Francisc. Salgad.*de retent. bullar.d.* 2. *p. cap.* 14.*num.*11.

16 Siendo, pues, Lorenço de Saavedra, y Consortes herederos instituidos de hecho en el Quinto, y pudiendo serlo, competiendoles remedio possessorio: aviendo tomado possessión *pro indiviso*, y juntamente provocado, o incitado a juyzio de particiones a Don Iuan Remirez, Clerigo, &c. ha de parecer ante el Iuez Seglar, *si sua putaverit interesse.*

17 Hinc speramus se declare, que en conocer, y proceder en esta causa haze fuerça el Eclesiastico, despachando Auto de legos, para el qual tiene estado, ex doctrina Monterros.*in pract.tract.*5. *de las Chancillerias, vers. Siguese el tercero processo, cap.*1.*&* 2.Bobadill.*in Polit. lib.* 2.*cap.*18.*num.*171.D.Franc.Carrasc.*ad ll. nov. Recop.*

cop.cap.6.§.4.*num.*24. Covarrub.*in pract.cap.*35.*n.*3. Zevall.*comm.contr.comm.tom.*4 *q.*897.*num.*275.*cum seqq. & de cognit.per viam violent.Gloss.* 15.*num. fin.* Gasp.Rodrig.*de annuis redditib. lib.* 1.*q.* 17.*num.* 71. Noguer.*allegat.*19.*num.*123. D D. Ioseph Vela *dissert. Hispal.*1.*tom. dissert.* 10. *num. fin.* & cum innumeris Dom.Salgad.*de reg.protect.p.*1.*cap.*1.*num.*3.20.*&* 21. *& cap.*2.*num.*64. 69. *&* 218. *& de retent. bullar.* 1.*p. cap.*16.*num.*62. *Sic* (inquam) *speramus, salva in omnibus dominationis tuæ dignissima censura.*

Doct. D. Manuel Felix de Mola y Cordova.